1



٧٧٩

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

فصل بطل بيع ما ليس بمال سواء كان ثمنا او مثمنا لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال كالدم والميتة والتراب والحر وانما عبر باسم الولد والمكاتب الذي لم يرض فان الذي رضي يجوز بيعه على اظهر الروايتين عن ابي حنيفة ومعه الشافعي والمدبر المطلق فان المقيد يجوز بيعه عندنا وعند مالك والشافعي واحمد يجوز بيع المطلق ايضا وبطل بيع مال غير متقوم في حق الاسلام كالخمر والخنزير والثمن وهو الدراهم والدنانير حالا او موجلا لان الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما هي وسايل فاذا كانت عوضا لغير المتقوم كان غير المتقوم هو المقصود وفي ذلك اعزاز له وقد امر الشارع باهانته وكذا اذا كان بيعهما بما ثبت في الذمة من مكيل وموزون واما لو باعهما بالعرض فالبيع فاسد لعدم تعينهما كما سيجي وسياتي والفرق بين الباطل والفاسد ان الباطل هو الذي لا يكون صحيحا باصله وذلك لفوات ركنه فلا يفيد الملك اصلا والفاسد هو الذي يكون صحيحا باصله لا بوصفه فيفيد الملك بالقيمة عند القبض وفي الايضاح لو نفى الثمن وقال بعتك هذا بغير ثمن يبطل ولو قال بعتك هذا او سكت عن الثمن يفسد لان البيع يقتضي المعاوضة فعند السكوت يحمل على قيمته فصار كانه قال بعته بقيمته وهي مجهولة فيفسد وبطل بيع قن ضم الى حر وبيع ذكية ضم الى ميتة اي مذبوحة شرعية حتف انفها واما التي خنقت او خرجت في غير موضع الذبح كما هو عادة

بعض

2

بعض الكفار وذبايح المجوسي فانها ايضا غير متقومة كالخمر والخنزير وان سمى ثمن كل وهذا عند ابي حنيفة وقول الشافعي ورواية عن احمد وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى ثمن كل واحد منهما جاز في القن والذكية والا فلا وبه قال الشافعي في قول واحمد في رواية ومتروك التسمية عامدا كالميتة عندنا لان حرمته منصوصة عليها فلا يجوز العقد فيما ضم اليه ولا ينفذ بيعه بالقضاء وصح البيع في قن ضم الى مدبر او ام ولد او مكاتب او قال زفر لا يصح او ضم الى قن شخص غيره اي غير البايع بحصته اي حصة القن من الثمن وعند زفر لا يصح ملك اي كما صح بيع ملك ضم الى وقف وقيل لا يصح في الملك وهو عند مالك والشافعي في قول واحمد في رواية لان الوقف بمنزلة الحر عن الملك والتملك فصار كقن ضم الى حر وفي نوادر الفقيه لابي الليث والاصح ان البيع يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال وانما يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر وفسد بيع العرض بالخمر ونحوها مما هو مال غير متقوم وعكسه وهو بيع الخمر ونحوها بالعرض في شرح الوقاية اي البيع فاسد في العرض حتى يجب قيمته عند القبض ويملك هو بالقبض لكن البيع في الخمر باطل حتى لا يملك عين الخمر ولا يجوز بيع المباحات قبل ان يملك لانها وقت البيع غير مملوكة للبايع ولا بيع

ما لا يقدر على تسليمه الا بحيلة كسمك لم يصد او صيد
وارسل وهو لا يعود فلو قبضه البايع وسلمه فالوجه
ينبغي ان يكون على الروايتين في تسليم الابق بعد
بيعه بناء على انه باطل او فاسد **او الا بضرر** كجذع
في سقف وذراع من ثوب بضره القطع سواء ذكر
موضع القطع او لم يذكره ولو قطع البايع الجذع او قطع
الثوب وسلم قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع
من الصحة وقيد القدرة على تسليمه بالحيلة لانها
لو كانت بغير ذلك كما لو صاد السمك والقاه في حظيرة
صغيرة بحيث يمكن اخذه منها بلا حيلة جاز البيع
لانه مقدور التسليم وكذا لو اجتمع فيها بنفسه وسد
المدخل جاز والا فلا **ولا بيع ما فيه غرر كحمل** اي جنين
في بطن ولؤلؤة في صدف **ولبن في ضرع** لما روى
ابن ماجة من حديث ابي سعيد الخدري ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون
الانعام حتى تضع وما روى الدارقطني باسناده عن
ابن عباس انه كان ينهى عن بيع اللبن في ضرع الغنم
والصوف على ظهرها قال البيهقي وروي مرفوعا
والصحيح انه موقوف ويقول ابن عباس نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان يباع ثمرة حتى يطعم
ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع رواه الطبراني
والدارقطني مرفوعا وابو داود موقوفا عليه قال
لا يباع اصواف الغنم على ظهورها ولا البانها في ضروعها
وفي شرح الوقاية ذكر واللبن في الضرع علتين احدهما
انه لا يعلم لبن او دم او ريح وهذه يقتضي بطلان البيع

لانه

لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا والاخرى ان اللبن
يوجد شيئا فشيئا فيختلط ملك المشتري بملك البايع
هذا ولا يجوز بيع النتاج ايضا وهو ان تنتج الناقة
ثم تنتج التي في بطنها وهو حبل الحبلة لما في مصنف
عبد الرزاق عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل
الحبلة قال والمضامين ما في اصلاب الابل والملاقيح
ما في بطونها وحبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة
وفي الموطا اخبرنا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب
انه قال لا ربوا في الحيوان وانما نهى من الحيوان عن
ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضا مين
ما في بطون اناث الابل والملاقيح ما في ظهور الجمال
وفي الصحيحين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه
اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج
الناقة ثم تنتج التي في بطنها **ولا بيع ما تفضي جهالته**
الى المنازعة كصوف على ظهر الغنم لانه يفضي الى
التنازع في موضع القطع وكل بيع يفضي الى التنازع
فهو فاسد **ولا يجوز بيع المزابنة** وهو من اضافة الاعم
الى اخصه ويسميها بعض المتاخرين اضافة
بيانية **وهو بيع ثمر مجذود** اي مقطوع **بمثله على**
النخل خرصا اي تقديرا وحزرا ولا المحاقلة وهي
بيع الحنطة في سنبلها بمثل كيلها لما روى مسلم عن
زيد بن ابي انيسة قال حدثنا ابو الوليد المكي
وهو جالس عند عطاء بن ابي رباح عن جابر قال نهى

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة
والمخابرة والمحاقلة ان يباع الحقل بكيل من الطعام
معلوم والحقل والزرع اذا تشعب قبل ان تغلظ سوقه
والمزابنة ان يباع النخل باوساق من التمر والمخابرة
ان يزرع الارض على الثلث والربع واشباه ذلك
قال زيد قلت لعطاء بن ابي رباح اسمعت جابر بن
عبد الله يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال نعم وقال الشافعي يجوز بيع المزابنة فيما دون
خمسة اوسق لما في الصحيحين عن داود بن الحصين
عن ابي سفيان عن ابي هريرة ان النبي صلى الله
عليه وسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة
اوسق شك داود قال دون خمسة او في خمسة وروى
مسلم عن سهل بن ابي حثمة ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال ذلك الربا
تلك المزابنة الا انه رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين
ياخذها اهل البيت بخرصها كيلا وفي لفظ رخص في العرية
ان يوخذ بمثل خرصها تمرا ياكلها اهلها رطبا ورواه
الطحاوي ايضا بطرق مختلفة وقال قد جاءت هذه
الاثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وتواترت
الرخصة في بيع العرايا فقبلها اهل العلم جميعا ولم
يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تاويلها
الحنفي والشافعي ذهب الى ظاهره من الاستثناء وعنه
في الخمسة اوسق قولان احدهما الجواز وهو منقول
المزني عنه وهو الاظهر والاخر عدمه وهو مختار المزني
ومذهب احمد لان النهي عن المزابنة محقق والرخصة
في

في خمسة اوسق مشكوك فيها ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل وما على النخل تمر فلا يجوز
بيعه بالتمر كذلك واما العرية التي فيها الرخصة
فهي العطية دون البيع وبه قال مالك وتفسيرها
ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لانسان ثم يشق
عليه دخوله في بستانه كل يوم ولا يرضى بالخلف في الوعد
والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص
ليدفع ضرره عن نفسه وهذا جائز عندنا لان الموهوب
لا يصير ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب
فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتداة
وانما سمي بيعا مجازا لانه في صورته ثم ذلك المروي
اتفق انه كان اقل من خمسة اوسق او خمسة اوسق
فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على ذلك القدر
وقال قوم العرايا ان يكون له النخلة او النخلتان في
وسط النخل الكثير لرجل اخر وكان اهل المدينة يخرجون
وقت الثمار الى حوايطهم باهلهم فيتضرر صاحب
النخل الكثير فرخص رسول الله صلى الله عليه
وسلم له ان يعطي صاحب النخلة خرص ما له من
ذلك تمرا لينصرف عنه ويخلص له التمر كله وهذا
مروي عن مالك والتاويل الاول قول ابي حنيفة
قال الطحاوي وهو اشبه واولى مما قال مالك لان العرية
لغة انما هي العطية ولا بيع الملامسة ولا بيع القاء
الحجر ولا بيع المنابذة لان في كل واحد من هذه البياعات
تعليق التمليك بالخطر وفيه معنى القمار وقد كان في
الجاهلية يتساوم الرجلان السلعة فاذا لمسها

المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها
حصاة لزم البيع فالاول الملامسة والثاني المنابذة
والثالث القاء الحجر روى مسلم والبخاري من حديث
ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة
لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل او بالنهار ولا
يقلبه الا بذلك والمنابذة ان ينبذ الرجل ثوبه
وينبذ الاخر اليه ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير
نظر ولا تراض ولا بيع **المراعي** اي الكلأ الثابت في ارض
غير مملوكة او في ارض البائع بدون تسبب منه اما
لو تسبب بان سقى الارض او هيأها للانبات جاز له
بيع كلائها لانه ملكه حتى لو احتشه انسان بغير
اذنه كان له استرداده وقال بعضهم لا يجوز بيعه لانه
ليس بملكه لان الشركة فيه ثابتة بالنص فلا تنقطع
بدون الحيازة وتهيئة الارض للانبات ليست بحيازة
وكونه نابتا في ارضه لا يقطع شركتهم عنه ولا يصيره
مملوكا له فلم يستفد المشتري بهذا العقد شيئا
لم يكن له فيبطل والنص هو قوله صلى الله عليه وسلم
المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار رواه
احمد وابو داود والمراد بالماء الذي في الانهار والابار لا ما احرز
وجعل في اناء فانه محرز يجوز بيعه وبالكلأ ما نبت في
ارض غير مملوكة بلا انبات رب الارض لا يكون محرزا له
بكونه في ارضه ومعنى اثبات الشركة في النار الانتفاع
بضوئها والاستدفاء وتجفيف الثياب بها اما اذا
اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه ذكره

القدوري

القدوري **ولا اجارتها** اي ولا يجوز اجارة المراعي التي هي
الكلأ لان اجارتها تقع على استهلاك عين غير مملوكة
وتلك الاجارة غير جائزة كما استاجر بقرة ليشرب
لبنها لا يصح لان محل الاجارة المنافع لا الاعيان فالاجارة
على استهلاك عين مباحة اولى والحيلة في اجارة المرعى
في الارض المملوكة ان يستاجر موضعها من الارض ليضرب
فيه فسطاطا او ليجعله حظيرة لغنمه فيصح الاجارة ويبيح
له صاحب المرعى الانتفاع بالمرعى فيحصل مقصودهما
ولا بيع **النحل الا مع الكوارات** بضم الكاف وتشديد
الواو وفي الصحاح كوارات النحل عسلها في الشمع
اما عدم جواز بيع النحل وحده فعند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد ومالك والشافعي واحمد يجوز بيعه
وحده اذا كان مجموعا لانه حيوان ينتفع به ويتمول
فيصح بيعه وان لم يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه
من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وفي الذخيرة الفتوى
على قول محمد **ولا بيع اجزاء الادمي لكرامته** فلا يجوز شعر
الانسان لانه جزؤه ولا بيع لبن المراة ولو في قدح حرة
كانت او امة ولا يضمن متلفه وقال الشافعي يجوز حرة
كانت او امة ويضمن متلفه لانه مشروب طاهر كلبن
الشاة وقال ابو يوسف ان كانت امة يجوز وان كانت
حرة لا يجوز اعتبارا للبن باصله لكونه متولدا منه ولهما
انه جزء الادمي بدلالة ان الشرع اثبت به حرمة
الرضاع بمعنى البعضية والادمي بكل اجزائه مكرم
مصون عن الابتذال والاستهانة بالبيع الا فيما حل فيه
الرق والرق لا يحل اللبن لانه ضعف حكمي يختص بمحل

النوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن لانه جماد
وليس حاله على الاطلاق بل باعتبار حاجة الطفل لانه
لا يتغذى بغيره حتى لو استغنى عنه لم يبح شربه حتى لا
يجوز صبه في عين رمدة عند بعض اصحابنا **ولا بيع اجزاء
الخنزير** لنجاسة عينه فلا يصح بيع شي منه اهانة
له كالخمر الا ان شعره ينتفع به للخرز للضرورة **ولا بيع
جلد الميتة قبل دبغه** لحرمة الانتفاع به لقوله عليه السلام
لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ واما
بعد الدبغ فيباع وينتفع به لطهارته كما في الصحيح مسلم
عن ابن عباس قال تصدق على مولاة لميمونة بشاة
فماتت فمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلا
اخذتم اهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة
فقال انما حرم اكلها **ولا بيع دود القز** بتشديد الزاي لانه من
الهوام كالزنبور والحية والعقرب **ولا بيع بيضه** لانه غير
منتفع به باعتبار ذاته بل باعتبار غيره وذلك معدوم
في الحال وفي وجوده خطر في المال **خلافا لهما** قال محمد
يجوز بيع دود القز وبيضه وهو قول مالك والشافعي
واختيار الصدر الشهيد وعليه الفتوى اعتبارا بالعادة
وقال ابو يوسف يجوز بيع دود القز ان ظهر فيه القز
تبعا له والا لا واضطرب قوله في بيض الدود **ولا بيع
العلو بعد سقوطه** بان كان علو لرجل وسفل لآخر
فسقطا او سقط العلو وبقي السفل فباع صاحب العلو
موضع العلو لان هذا البيع لم يصادف المحل محل البيع
المال والثابت لصاحب العلو بعد الانهدام حق التعلي
وحق التعلي ليس بمال لانه يتعلق بهواء الساحة وهو ليس
بمال

بمال فقيد بعد سقوطه لان بيع العلو قبل سقوطه جائز
باعتبار البناء القائم **ولا بيع شخص على انه امة وهو عبد**
ولا على انه عبد وهو امة والقياس ان يجوز وهو قول زفر
لان هذا اختلاف وصف الذكورة والانوثة واختلاف
الوصف يوجب الخيار للمشتري دون الفساد فصار
كما لو اشترى كبشا فاذا هو نعجة او بالعكس وعبدا
على انه خباز فاذا هو كاتب او بالعكس ولنا ان تفاوت
الاغراض بين النوعين متحقق باختلاف الجنسين لان
المقصود من البيع حصول الانتفاع بالمبيع على غرض
المشتري فاذا لم يحصل غرضه ولا اكثره فكانه لم يحصل
اصلا وهذا اذا كان الوصف متفاحشا اذ قلة التفاوت
لا يفسد البيع كما اذا اشترى كبشا فظهر نعجة فان
المقصود من الكل الاكل لكنهما مختلفان وصفا فقل التفاوت
وشراء ما باع اي ولا يجوز شراء البائع لنفسه او لغيره
من المشتري او من وكيله او من وارثه ما باع بنفسه حالا
او موجلا بنفسه او بوكيله **باقل مما باع قبل نقد ثمنه الاول**
ان كان المبيع لم ينقص ذاته واتحد الثمنان جنسا وقال
الشافعي يجوز لان الملك تم بقبض المبيع وصار المبيع
شراء البائع باقل كشراء غيره به وكشرائه بمثل الثمن
الاول او باكثر منه ولنا ما روى عبد الرزاق في مصنفه
عن معمر والثوري عن ابي اسحاق السبيعي عن امراته
انها دخلت على عائشة في نسوة فسالتها امراة فقالت
يا ام المومنين كانت لي جارية فبعتها من زيد بن ارقم بثمانمائة
الى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدته ستمائة وكتبت
عليه ثمانمائة فقالت عائشة بئس ما اشتريت وبئس

ما اشترى أخبري زيد بن أرقم أنه بطل جهاده مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب فقالت المرأة لعائشة
أرأيت إن أخذت رأس مالي أو رددت عليه الفضل فقالت
عائشة فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف
فهذا الوعيد الشديد دل على فساد هذا العقد وإلحاق
هذا الوعيد بهذا الصنع الا كيد لا تهتدي إليه العقل فدل
ذلك على أنها قالته سماعا وقال ابن الجوزي قالوا العالية
امرأة مجهولة لا يقبل خبرها قلنا بل هي معروفة جليلة
القدر ذكرها ابن سعد في الطبقات فقال أن
العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي
سمعت من عائشة وجعل في مسند أبي حنيفة البائع
إلى العطا زيد بن أرقم والمشتري بستمائة هي المرأة
وهو في سنن أبي داود عن ابن عمر قال سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم
أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط
الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم وروى
أحمد بن حنبل في كتاب الزهد بإسناد قال ابن القطان
رجاله ثقات عن ابن عمر قال أتى علينا زمان وما
يرى أحدنا أنه أحق بالدينار والدرهم من أخيه المسلم
ثم أصبح الدينار والدرهم أحب إلى أحدنا من أخيه المسلم
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
إذا ضن الناس أي بخلوا بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة
واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أدخل
الله عليهم ذلا لا يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم والعينة
ما يكون ببيع السلعة بثمن مؤجل ثم شراؤها بأنقص

منه حالا ولأن الثمن لا يدخل في ضمان البائع قبل قبضه
فإذا عاد إليه المبيع بالصفة التي خرج بها عن ملكه
فصار بعض الثمن قصاصا ببعضه بقي فضل بلا
عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص
قيد الشراء بكونه بأقل مما باع لأنه لو كان بمثله أو بأكثر
منه جاز لأن الفضل في الأكثر يحصل للمشتري هـ
والمبيع قد دخل في ضمانه وقيد بكونه قبل نقد الثمن لأنه
لو كان بعده جاز وقيدنا بكون الشراء من المشتري
منه أو من وارثه لأن المشتري لو باعه من رجل أو وهبه
لرجل أو أوصى به لرجل ثم اشترى البائع الأول من ذلك
الرجل جاز لأن الاختلاف سبب الملك كاختلاف
العين وقيدنا بكون المبيع لم ينتقص لأنه لو تعيب
في يد المشتري فباعه من البائع بأقل من الثمن جاز
لأن ما نقص من الثمن بمقابلة العيب الحادث فكان
البائع مشتريا ما باع بمثل الثمن الأول معنى وقيدنا
النقصان بكونه في الذات لأنه لو كان في القيمة بأن
تغير سعره لم يجز شراؤه بأقل مما باع لأن تغير السعر
غير معتبر في حق الأحكام كما في حق الغاصب وقيدنا
باتحاد الثمنين جنسا لأنه لو اشتراه بجنس آخر غير
جنس الثمن الأول جاز وإن كان الثمن الثاني أقل
لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدينار جنس
الدرهم هنا وفي الشفعة خلافا لزفر وشراء من لا يصح
شهادته للبائع وهو ولده ووالده وزوجته ومكاتبه
فهو كشراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز
غير العبد والمكاتب لتباين الأملاك بخلاف العبد لأن

كسبه لمالكه وبخلاف المكاتب لان للعبد في كسبه حق
الملك فكان تصرفه كتصرفه ولابي حنيفة ان شراء
نقولا كشراء البايع بنفسه لاتصال منافع الاملاك
بينهم وهو نظير الخلاف في الوكيل بالبيع اذا عقد
مع نقولا وشراء الموكل باقل مما باع وكيله لا يجوز لانه
وكيله لما باع باذنه صار كانه باع بنفسه ثم اشترى
باقل وشراء الوكيل باقل مما باع لنفسه او لغيره
بامره قبل نقد الثمن لا يجوز اما شراوه لنفسه فلان
الوكيل بالبيع اصيل في باب الحرمات واما شراوه
لغيره بامره فلان شراء المامور واقع له من حيث
الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وشراء
البايع من وارث المشتري باقل مما اشتراه المورث
لا يجوز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف شراء
وارث البايع باقل مما باع مورثه فانه يجوز **و** لا يجوز **شراء**
ما باع مع شيء متعلق بشراء **لم يبعه** صفة شيء **بثمنه**
الاول متعلق بشراء وكذا **بيع ما باع** يعني اذا باع
امة بخمسمائة مثلا وقبضها المشتري ثم اشتراها
منه وامة اخرى معها قبل نقد الثمن بخمسمائة
فالشراء في التي لم يبعها منه صحيح لانه لم يفسد
فيها وفي الاخرى وهي التي باعها منه باطل لانه لا بد ان
يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يبعها منه فيكون
مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة **وزيت** اي لا يجوز
شراء زيت ونحوه **على ان يوزن** الزيت **بظرفه ويطرح**
للظرف كل مرة **كذا رطل** الا ان يكون ذلك وزنه
لان هذا الشرط مخالف لما يقتضيه العقد لانه يقتضي

ان يطرح عنه مقدار وزن الظرف اي مقدار كان
فاذا اشترط ان يطرح عنه مقدارا معينا وكان ذلك
الظرف انقص من ذلك المقدار او اكثر منه كان
ذلك الشرط مخالفا لمقتضى العقد ولاحد
العاقدين فيه نفع لان ذلك المقدار ان كان اكثر
من وزن الظرف فللمشتري فيه نفع وان كان
اقل من وزنه فللبايع فيه نفع **بخلاف وزن شرط**
طرح وزن الظرف فان الشراء يجوز لانه شرط يوافق
مقتضى العقد يوكده ولا يفسده **والبيع** اي ولا يجوز
البيع **بشرط لا يقتضيه العقد** احترز به عما يقتضيه
كشرط المقتضى الملك للمشتري في المبيع وشرط
تسليم المبيع وشرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن
وشرط انتفاع المشتري بالمبيع لان هذا كله يثبت
بمطلق العقد فلا يزيده الشرط الا تاكيدا **وفيه**
نفع لاحدهما جملة حالية اما البايع فكما لو باع شيئا
بشرط ان يقرضه المشتري درهما او يهدي اليه
هدية او باع ~~فبا~~ دارا على ان يسكنها شهرا
واما المشتري فكما لو اشترى ثوبا على ان يقطعه
البايع ويخيطه قباء او قميصا **او فيه نفع لمبيع**
يستحق اي يكون اهلا للاستحقاق على غيره بان
يكون ادميا كبيع عبد بشرط ان لا يبيعه المشتري
لان العبد يعجبه ان لا تتناوله الايدي واحترز به عما
لو اشترى دابة او ثوبا بشرط ان لا يبيعه فان
الشرط باطل والبيع صحيح في ظاهر المذهب وعن
ابي يوسف ان البيع فاسد ووجه الظاهر انه لا مطالب

بهذا الشرط فكان لغوا ولا بد من تقييد الشرط بكونه
لا يلايم العقد احترازا عما يلايمه كالبيع بشرط ان
يعطي المشتري بالثمن رهنا او كفيلا فان البيع
لا يفسد ولا بد ايضا من تقييد ما لا يلايم العقد
بان الشرع لم يرد بجوازه فاما ورد بجوازه لا يفسد
كالبيع بشرط الخيار او الاجل وكذا ما تعارف الناس
عليه كشراء نعل على ان يحذوه او يشركه البايع
فان البيع لا يفسد استحسانا للتعامل وهو حجة
يترك بها القياس وانما لا يجوز البيع بشرط لا يقتضيه
العقد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط
الا ان ما ذكرناه من الشروط الجايزه مستثنى من
هذا النهي فبقي ما عداه داخلا تحته ولان الثمن مقابل
بجميع المبيع والشرط زيادة لا يقابلها شي من العوض
فاشبه الربوا ولانه ذريعة الى وقوع النزاع بتعري
عن مقصوده روى الطبراني في معجمه الاوسط عن
عبد الله بن ايوب المقري عن محمد بن سليمان الذهلي
عن عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة فوجدت
بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسالت
ابا حنيفة عن رجل باع بيعا وشرط شرطا فقال
البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى
فسالته فقال البيع جايز والشرط باطل ثم اتيت
ابن شبرمة فسالته فقال البيع جايز والشرط جايز
فقلت سبحان الله ثلاثة من فقها العراق اختلفوا
في مسالة واحدة فاتيت ابا حنيفة فاخبرته فقال
ما ادري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه

عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن
بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي
ليلى فاخبرته فقال ما ادري ما قالا حدثني هشام بن
عروة عن ابيه عن عايشة انها قالت امرني رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان اشتري بريرة فاعتقها
البيع جايز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته
فقال لا ادري ما قالا حدثني مسعر بن كدام عن محارب
ابن دثار عن جابر قال بعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم ناقة وشرط حملانها الى المدينة البيع
جايز والشرط جايز لا يجوز بيع الرقيق **بشرط**
الاعتاق وقال مالك يجوز وهو رواية الحسن عن
ابي حنيفة وقول الشافعي واصح الروايتين عن
احمد **والى اجل** عطف على بشرط اي ولا يجوز البيع بثمن
غير معين الى اجل **مجهول** كالحصاد والدياس وقدوم
الحاج لان هذه الاشيا تتقدم وتتاخر لكونها من
افعال العباد تثبت بحسب ما يبدو لهم فكان التاجيل
بها يفضي الى المنازعة والاجال شرعت بالاوقات قال
تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس قيد
بالثمن غير المعين لان تاجيل المبيع المعين يفسد البيع
سوا كان الاجل مجهولا او معلوما وكذا تاجيل الثمن
المعين لانه مبيع وكذا تاجيل العقد لكونه خلاف
موجب العقد وهو التابيد ولو باع مطلقا ثم اجل
الثمن الى هذه الاوقات صح لان هذا تاجيل الدين
والجهالة في الدين محتملة بخلاف ما اذا اشترط في
اصل العقد لان العقد لا يحتمل فيه الجهالة **وصح** البيع

ان اسقط الاجل المجهول قبل الحلول كما اذا اسقطه
الاجل الى الحصاد مما هو حقه وهو المشتري قبل ان
ياخذ الناس في الحصاد وقال زفر والشافعي لا يصح لانه
انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا ولنا ان المفسد
شيء يعني به خارج عن صلب العقد وقد سقط
قبل تقرره فينقلب العقد جايزا وهو قول مشايخ
العراق ومشايخ غيرهم ان العقد انعقد موقوفا
وبالاسقاط تبين انه كان جايزا وهو الصحيح لان
فساد العقد باعتبار افضائه الى المنازعة وقبل مجي
الاجل لا منازعة ان قبض المشتري المبيع بيعا فاسدا
وكان قبضه برضا بايعه صريحا اي رضا صريحا كما
قبضه او اخذه او شبه وهذا قبل الافتراق او بعده
او دلالة قبل الافتراق كقبضه بحضرة البايع في
مجلس عقده وكل من عوضيه اي البيع مال جملة
حالية ملكه اي المشتري المبيع ملكا خبيثا بالقيمة
وقال زفر والشافعي واحمد لا يملكه لان البيع الفاسد
محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم
والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة
الى درك المطالب والنعمة لا تناط بالمحظور لاشتراط
الملايمة بين المناط والمناط به ولنا ان ملزوم الملك
وهو البيع تحقق فيتحقق الملك لان البيع الفاسد
بيع حقيقة لصدور ركنه وهو مبادلة المال
بالمال بالتراضي من اهله فان اهل البيع من يكون
قادرا عليه وهو قادر عليه لتندفع به حاجته
مضافا الى محل قابل لحكمه اذ الكلام فيه فيترتب

عليه

عليه حكمه وهو الملك ونعمة الملك انما انيطت بالمحظور
بل بالبيع وهو غير محظور وانما المحظور ما يتصل به من
الشرط الفاسد ونحوه كما في البيع وقت النداء فان
النهي ورد فيه لمعنى غير البيع وهو الاشتغال عن السعي
بسبب البيع والاشتغال عن السعي غير البيع وانما
شرط ان يكون كل من عوضيه مالا لتثبت ركن البيع
وهو مبادلة المال بالمال ويشترط ايضا ان لا يكون
للبايع خيار الشرط لان شرط الخيار يمنع الملك في البيع
الجايز ففي الفاسد اولى وانما لم يحل وطي الجارية ولا اكل
الطعام لان في كل منهما اعراضا عما هو واجب عليه
وهو الرد ولزمه اي المشتري مثله حقيقة اي
صورة ومعنى او معنى وهو قيمته يوم القبض لانه
به يدخل في ضمانه وعند محمد يوم التلف لانه به يتقرر
عليه وانما لزم المشتري مثله لانه مضمون بالقبض
كالغصب والمثل صورة ومعنى لا يكون الا فيما هو من
ذوات الامثال وهو اعدل من المثل معنى فلا يصار اليه
مع امكان الاول فان كان الفساد لجهالة الاجل
او لشرط زايد فيه نفع لاحد العاقدين وكانت العين
باقية فلمن له الشرط وهو المنتفع به فسخه بحضرة
صاحبه لان منفعة الشرط لما كانت عايدة اليه كان
الفسخ له دون الاخر لان في فسخ الاخر ابطال
حق من له منفعة الشرط وهو تصحيح العقد بابطا ل
ذلك وهذا عند محمد وقالا لكل واحد من العاقدين
الفسخ لانه حق الشرع فانتفى اللزوم عن العقد
والا اي وان لم يكن الفساد لشرط زايد بل كان في صلب

العقد بان كان في احد العوضين كما لو باع درهمين
بدرهم او ثوبا بخمر **فلكل منهما** اي من العاقدين فسخه
بعد القبض لان اعدام الفساد واجب حقا للشرع
وقبل القبض لكن بحضور من الآخر لان البيع الفاسد
قبل القبض لما لم يفد الملك كان فسخه امتناعا عن
القبض وانما توقف على حضور الآخر لانه الزام موجب
الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه **فان خرج** المبيع فاسدا
من ملك المشتري ببيع صحيح او هبة وتسليم او يعتق
او بنى المشتري **فيه** او غرس او اتخذه مسجدا **فلا فسخ**
لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ تصرفه فيه
وينقطع حق البائع من الاسترداد سواء كان تصرفا
لا يحتمل النقض كالاعتاق او يحتمله كالبيع لان بهذه التصرفات ف
تعلق حق العبد وبالبيع الفاسد تعلق حق الشرع
وهو الفسخ فغلب حق العبد لحاجته على حق الشرع
لغناه فقيد الخروج بكونه من الملك لان المشتري لو
آجر المبيع او انكحه لم ينقطع حق الفسخ لان النكاح
لا يمنع فسخ البيع فيفسخ وترد الامة على البائع
والنكاح على حاله والاجارة تفسخ بالاعذار ورفع
الفساد عذر وقال مالك والشافعي واحمد لا ينقطع
حق الفسخ بشيء من ذلك وقال ابو يوسف ومحمد
لا ينقطع بالبناء والغرس بل ينقض ويرد المبيع
على صاحبه **وطاب للبائع ربح ثمنه** اي ثمن المبيع
بيعا فاسدا اذا كان دراهم ودنانير **بعد التقابض** متعلق
بربح **لا للمشتري** اي ولا يطيب للمشتري **ربح مبيعه**
اي مبيع البيع الفاسد بعد التقابض **فيتصدق**

به اي بربحه حتى لو اشترى امة شراء فاسدا بالف درهم
وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض طاب للبائع
ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في الامة والفرق ق
ان الامة مما يتعين فيتعلق العقد بعينها فلا
يتمكن الخبث في ربحها فيتصدق به والدراهم والدنانير
لا يتعينان في العقود فلا يتعلق العقد بعينهما
فلا يتمكن الخبث في ربحهما هذا والبيع الباطل لا
يفيد الملك بالقبض ولو كان باذن من المالك ولا
ملك التصرف لانه يبتني على الملك والملك يبتني
على العقد الصحيح او القبض في العقد الفاسد
ثم المقبوض في بيع الباطل امانة عند ابي حنيفة
لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض
باذن المالك فيكون امانة وقالا لانه مضمون بالقيمة
لو قيميا وبالمثل لو مثليا اذا هلك عند المشتري ه
كالمقبوض في البيع الفاسد والمقبوض على سوم
الشراء هذا واذا اشترى مكيلا كالتمر وموزونا
كالسمن كيلا ووزنا حرم عليه بيعه واكله او شيء
منه حتى يكيله او يزنه واصله ان الاصول ثلاثة
انواع مقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات ف
المتقاربة والمزروعات فان اشترى شيئا منها
مشارا اليها مجازفة صح التصرف فيه بعد القبض
لانه معلوم بالاشارة وان اشترى شيئا منها بشرط
كيل او وزن او ذرع او عد فان لم يقبض بطل التصرف ف
فيه وبعد القبض لم يجز التصرف في المكيل والموزون
لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى

يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري فيكون
لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه البزار عن
ابي هريرة والنهي عن البيع يقتضي الفساد اذا كان
لمعنى في البيع وقد وجد لان البيع تناول ما يحويه
الكيل والوزن وهو مجهول فربما يزيد او ينقص
فما لم يكل لنفسه او يزن لا يمتاز المبيع عن غيره فكان
المبيع مجهولا فيفسد البيع ولان اصل القبض
شرط لجواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض
شرطا ايضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا او وزنا
من تمام القبض لان القدر معقود عليه فيما بيع
كيلا او وزنا حتى يلزمه رد الزيادة ان زاد ونقص
الثمن بحصته ان انتقص والقبض غير معتبر لتوهم
الزيادة والنقصان ولا معتبر بكيل البايع قبل
البيع وان بحضرة المشتري لان الشرط صاع البايع
والمشتري لم يوجد ولو كاله البايع بعد البيع
بحضرة المشتري مرة قيل لا يكفي لظاهر ما روينا
والصحيح انه يكفي وعليه الجمهور اذ الغرض منه
اعلام المبيع واحضاره واذا حاصل بالكيل مرة والحديث
محمول على بيع العين بان باع مكيلا مكايلة بعد
ما اشتراه فانه يحتاج الى كيلين والعددي المتقارب
كالجوز والبيض كالموزون في اظهر الروايتين عن ابي
حنيفة وقالا هو كالمذروع وهو رواية عنه اذ لا يجري
الربا بين المعدودين كما لا يجري بين المذروعين وكره
عندنا وهو عند الشافعي النجش بفتح النون والجيم
ويسكن وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشرا ليرغب

غيره وكره السوم اي سوم الشخص السلعة وهو
طلبها بالثمن على سوم غيره اذا رضيا اي رب السلعة
والذي سام اولا بثمن فيقيد به لانهما لو لم يرضيا بثمن
فلا باس به لانه بيع من يزيد وكره تلقي الجلب
اي المجلوب وهو ما يجاء به من بلد الى بلد للتجارة
المضر باهل البلد فيقيد به لان الذي لا يضرهم لا باس
به الا اذا لبس السعر على الجالبين وكره بيع الحاضر
للبادي زمان القحط وهو ان يجلب البادي السلعة
فياخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت باغلى من السعر
الموجود وقت الجلب وقيل هو ان يجي البادي الى
الطعام الى المصر فلا يتركه السمسار الحاضر يبيعه بنفسه
لو ربما رخص السعر وانما نهي عنه لانه لو تركه يبيعه
بنفسه لربما رخص السعر وقيل هو ان يكون اهل
في قحط وهو يبيع من اهل البلد وطمعا في الثمن
الغالي وعلى هذا فاللام بمعنى من وروى الشيخان من
حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عنه تلقي الركبان وان يبيع حاضر لباد وان
تسال المراة طلاق اختها وعن النجش والتصرية
وان يسام الرجل على سوم اخيه وروينا ايضا عن
طاوس عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان يتلقى الركبان وان يبيع حاضر
لباد قال قلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد
قال لا يكون له سمسارا وكره البيع وقت النداء اي
للجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا
بالواجب وهو السعي اذا قعد للبيع او وقفا له قبل

ولو تبايعا وهما يمشيان لا باس به وهذا مشكل قال الله
تعالى قد نهى عن البيع مطلقا ثم المعتبر هو النداء الاول
اذا وقع بعد الزوال على المختار وانما كره البيع في جميع
هذه الصورة ولم يفسد خلافا لمالك لان النهي عنها
لمعنى مجاورا للبيع لا في صلبه ولا في شرط صحته والنهي
الوارد لمعنى المجاورة لا يقتضي الفساد بل يقتضي
الكراهة وكره تفريقا بالبيع صغيرا اي غير بالغ عن ذي رحم تفريق ح
محرم منه سواء كان صغيرا او كبيرا بالبيع وغيره لما
روى الترمذي في البيوع والسير وقال حسن غريب
عن ابي ايوب الانصاري قال سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة ورواه احمد
في مسنده بزيادة قصة فيه ولفظه عن ابي عبد الرحمن
الحبلي قال كنا في البحر وعلينا عبد الله بن قيس الفزاري
ومعنا ابو ايوب الانصاري فمر بصاحب المقاسم وقد
اقام السبي فاذا امراة تبكي فقال ما شان هذه قالوا
فرقوا بينها وبين ولدها فانطلق ابو ايوب فاخذ بولدها
حتى وضعه في يدها فارسل اليه عبد الله بن قيس فقال
ما حملك على ما صنعت قال سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول من فرق الحديث وفي المعرفة
للبيهقي بسنده عن جعفر بن محمد عن ابيه عن جده
ان ابا اسيد جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بسبي من
البحرين فنظر عليه السلام الى امراة منهن تبكي فقال
ما شانك قالت باع ابني فقال عليه السلام لابي اسيد
ابعت ابنها قال نعم قال فيمن قال في بني عبس فقال عليه

السلام

السلام اركب بنفسك فاتِ به وروى الدارقطني بسنده
عن ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه
وسلم من فرق بين الوالدة وولدها وبين الاخ واخيه
وروى ابن ماجة والترمذي وقال حديث حسن غريب
عن علي ابن ابي طالب قال وهب لي النبي صلى الله
عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لي
رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل
غلامك فاخبرته فقال رده رده وفي سنن الدار
قطني والمستدرك عن علي قال قدم على النبي صلى
الله عليه وسلم سبي فامرني ببيع اخوين فبعتهما
ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال
ادركهما فارجعهما وبعهما جميعا ولا تفرق بينهما
قال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ولان
الصغير يستانس بالصغير وبالكبير يشفق على
الصغير ويقوم بحوائجه للشفقة الثابتة من قرب
القرابة ففي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك
الرحم عليه وهو منهي عنه ثم المنع من التفريق
معلل بالصغر والقرابة المحرمة للنكاح فلا يدخل
فيه الكبيران لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه ولا
يستانس بالاخر عادة بل ربما يتاذى به ولان النبي
صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين وكانتا
امتين اختين كبيرتين وسيرين بالسين المهملة
على ما ذكره ابن الهمام ولا محرم غير قريب كامراة
الاب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا الزوجان وان
كانا صغيرين لعدم هذه القرابة ولو اجتمع مع الصغير

عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد سواء اختلف
جهة القرابة كالعم والخال او اتحدت كالابن عند ابي يوسف
لانه يستوحش بفراق الكل وقيل لو اتحدت الجهة ينزل
واحد ويفرق بينه وبين الباقي ان شاء اما لو اجتمع
معه ابواه فلا يفرق بينه وبين واحد منهما لانه لا يستغني
باحدهما عن الاخر وفي شرح الوافي جبة معها صبي
ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب
على الغير ولا يفرق لان قول الواحد مقبول في الديانات
خصوصا فيما بني على الاحتياط واذا وقع تفريق بين
صغير وذي رحم محرم منه ببيع نفذ في الكل عند ابي
حنيفة ومحمد وهو قول الشافعي وعن ابي يوسف لا يجوز
في قرابة الولاد لقوتها ويجوز في قرابة غيرها لضعفها
وهو الاصح في مذهب الشافعي وقال مالك لا يجوز في
الام فقط وعن ابي يوسف ايضا وهو قول احمد لا يجوز في
الكل لان الامر بالرد في الحديث السابق لا يكون الا في
البيع الفاسد وهو قول الحسن بن زياد وذكر
الطحاوي قول محمد مع ابي يوسف وذكره الكرخي مع ابي حنيفة
ولابي حنيفة ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى
محله فينفذ والنهي عن بيع احدهما لمعنى مجاور للبيع
غير متصل به وهو الاضرار بالصغير فلا يفسد العقد
كالنهي عن السوم على سوم غيره لا بيع من يزيد اي لا يكره
لما روى اصحاب السنن الاربع عن انس بن مالك
ان رجلا من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم فساله
فقال اما في بيتك شيء قال بلى حلس اي كساء نلبس بعضه
ونبسط بعضه وقعب اي قدح نشرب فيه الماء قال

ابني

فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن دابة او ثم قال اذهب فاحتطب
وبيع ولا اراك خمسة عشر يوما

ابنني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقال من يشتري هذين فقال رجل انا
اخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلاثا
قال رجل انا اخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه واخذ
الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما
طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالاخر قدوما فائتني
به فاتاه به فشد يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع
فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبا
وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم هذا خير لك من ان تجيء المسالة نكتة في وجهه
يوم القيامة قال الزيلعي في شرح الكنز ومشايخ
بخارى من جعل بيع الوفا كبيع المكره منهم الامام
ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر
السعيد تاج الدين الاسلام وصورته ان يقول
البايع للمشتري بعت منك هذا العين بدين
لك علي الى ثمن فقضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسدا
باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على
ايفا الدين فيفيد الملك عند اتصال القبض
وينقض بيع المشترى كبيع المكره لان الفساد
باعتبار عدم الرضا فكان حكمه كحكم بيع المكره
في جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد
الامام ابو شجاع وعلي السغدي والامام القاضي
الحسن الماتريدي قالوا لما شرط عليه اخذه عند
قضاء الدين اتى بمعنى الرهن لانه هو الذي يؤخذ
عند قضاء الدين والعبرة في العقود للمعاني

دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة وبالعكس كفالة وبالاستصناع عند ضرب
الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به واي
شيء اكل من زوائده يضمن ويسترد عند قضاء
الدين ولو استاجره البايع لا تلزمه اجرته كالراهن
اذا استاجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين
بهلاكه فيثبت فيه جميع احكام الرهن ومن مشايخ
سمرقند من جعله بيعا جايزا مفيدا لبعض احكامه
منهم الامام نجم الدين النسفي فقال اتفق مشايخنا
في هذه الزمان فجعلوه بيعا جايزا مفيدا لبعض
الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو
البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد
قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك
وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من
جعله باطلا واعتبره بالهازل وقال في الكافي
والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ
البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ
في البيع فسد البيع وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا
بلفظ البيع بشرط الوفا او تلفظا بالبيع الجايز
وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك
وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه
المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفا بالميعاد لان المواعيد
قد تكون لازمة قال عليه السلام العدة دين فيجعل
هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال
الدين في حواشي الهداية وصورته ان يقول البايع للمشتري

بعت منك هذا العين بالف درهم على اني لو دفعت اليك
ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفا
وهذا البيع موجود في مصر متعامل به ويسمونه
بيع بيع الامانة والله اعلم **فصل الاقالة** مندوبة
لما في سنن ابي داود وابن ماجة عن ابي هريرة رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من
اقال مسلما بيعته اقاله الله تعالى عثرته زاد ابن
ماجة يوم القيامة وفي رواية البيهقي من اقال
نادما وهي يصح بايجاب كاقلتك وقبول في المجلس
من الاخر وبتعاط ايضا **فسخ في حق المتعاقدين**
عند ابي حنيفة الا ان لا يمكن جعلها فسخا فتبطل الاقالة له
بعد ولادة **المبيعة** بعد القبض لان الزيادة المنفصلة
تمنع الفسخ بخلاف المتصلة عند ابي حنيفة **بيع**
جديد في حق ثالث ان وجد كالشفيع **فتجب بها** اي
بالاقالة **الشفعة** للشفيع الذي سلم الشفعة
في البيع لانه ثالث وكذا الاستبراء في اقالة الامة وقال
ابو يوسف والشافعي في القديم ومالك بيع في حق
الكل بعد القبض الا اذا تعذر جعلها فسخا
بان تقايلا قبل القبض لا يجوز في المنقول على خلاف
الجنس او المقدار فتبطل الاقالة لان بيع المنقول
قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول
وقد سميا غيره فتبطل الاقالة ويبقى البيع
الاول على حالة وقال محمد والشافعي في الجديد
وزفر فسخ في حق الكل الا اذا كانت بالثمن الاول او
باقل اذا تعذر جعلها فسخا فتبطل الاقالة ويبقى

البيع على حاله وصحت الاقالة بمثل الثمن الاول جنسا
وقدرا وان شرط غير جنسه لما لو كان الثمن دراهم
واقاله على دنانير لان غير الجنس الثمن ليس ثابتا في
المفسوخ ورفع ما ليس ثابتا محال فيكون تسمية غير
جنس الثمن في الاقالة شرطا فاسدا والاقالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة وان شرط اكثر منه اي من الثمن
لان الزيادة يتعذر الفسخ عليها لانها لم تكن ثابتة
في المفسوخ فيكون تسميتها شرطا فاسدا فيلغو
وهذا يؤيد قول ابي حنيفة ومحمد ان الاقالة فسخ
اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع
وكذا تصح الاقالة بمثل الثمن الاول وان شرط الاقل
فلو تقابلا بخمسمائة والمبيع بحاله لم يتعيب وكان
الثمن الفا صحت الاقالة بالالف لانه لا يمكن تصحيحها
بخمسمائة فيبطل ذكر الخمسمائة ويبقى الاقالة فيجب
على البائع رد الالف على المشتري الا ان تعيب المبيع
بان حدث به عيب عند المشتري فان الاقالة تصح
بالاقل حينئذ ويكون المحطوط من الثمن بازاء
العيب وهذا كله عند ابي حنيفة واما عندهما اكثر
من الثمن يكون بيعا لان البيع اصل عند ابي يوسف
ولان جعلها بيعا ممكن وبالزيادة ظهر قصد البيع
فيجعل بيعا عند محمد وكذا الاقل من الثمن يكون بيعا
عند ابي يوسف لانه الاصل عنده وفسخا بالثمن الاول
عند محمد لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو
اقال وسكت عن الثمن الاول يكون فسخا فهذا احق
ولم يمنعها اي الاقالة هلاك الثمن بل يمنعها هلاك المبيع

لان

16

لان الاقالة رفع البيع ورفعه يستدعي قيامه وقيامه
بالمبيع دون الثمن ولهذا لو هلك المبيع قبل القبض بطل
البيع ولو هلك الثمن قبله لا يبطل وهلاك بعضه
اي المبيع منع لمن الاقالة بقدره اعتبارا للجزء بالكل
فيجوز الاقالة في الباقي ويمتنع في الهالك ولو باع
بشرط الاقالة اذا رد البائع الثمن عند اكثر المشايخ
له حكم الرهن فلا يباح للمشتري ان ينتفع به بدون
اذن البائع ويسقط الدين بهلاكه وعند بعض
المشايخ هو باطل لانه تلاعب وقال نجم الدين النسفي
اتفق مشايخنا في هذا الزمان على جوازه لحاجة
الناس اليه لتعاملهم به والقواعد قد يترك بالتعامل
في الاستصناع وفي النهاية وعليه الفتوى وفي الكفاية
الصحيح ان العقد ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا
ثم ينظر فان ذكر الشرط فيه يفسد وان ذكر قبله
او بعده على وجه المواعدة يصح العقد ويلزم الوفا
بالعهد لحاجة الناس فصل التولية لغة جعل
الشيء واليا لغيره وشرعا ان شرط البائع في البيع انه
بما شرى اي بقدره وجنسه لا بعينه لان نفس ما
شرى به صار ملكا للبائع الاول فلا يمكن البيع
به الا اذا صار ملكا للمشتري ولو قال بما قام عليه بدل
قوله بما شرى لكان اولى لان الصبغ انه بما شرى مع
فضل والقصارة ونحوهما يضم الى الثمن الاول والمرابحة
به اي بما شرى فهي ان شرط البائع في البيع انه بما شرى
مع فضل واما اذا كان باقل من الثمن فوضيعة وهما
بنوع جائزة لتعامل الناس بهما من غير نكير ولما روي

عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن ربيعة بن ابي
عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال التولية والاقالة والشركة
سواء لا بأس به وروى ابن ابي شيبة في مصنفه
عن الحسن وابن سيرين والشعبي وطاوس انهم قالوا
التولية بيع وفي البخاري عن عائشة ان ابا بكر
قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بابي وامي يا
رسول الله احدى راحلتي هاتين فقال عليه
السلام بالثمن وفي سيرة ابن اسحاق فلما قرب ابو
بكر رضي الله عنه الراحلتين الى رسول الله قدم
افضلهما ثم قال اركب فداك ابي وامي يا رسول
الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اني لا اركب بعيرا ليس لي فقال هي لك يا رسول الله
قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال قد اخذتها
بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا وفي طبقات
ابن سعد وكان ابو بكر قد اشتراهما من نعم بني قشير
بثمانمائة درهم فاخذ احداهما وهي القصوى ولان شرائط
الجواز متحققة فيهما وقد مست الحاجة اليهما لان
غير الفطن في التجارة يحتاج الى ان يعتمد على فعل
الماهر فيه فيشتري منه بمثل ما اشترى او بزيادة
ربح لئلا يغبن باكثرهما لو لم يعتمد على فعله ولهذا
كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن التهمة والخيانة
اذ لو لم نبنهما على ذلك فات المقصود وشرطهما اي
التولية والمرابحة وكذا الوضيعة شراؤه اي شراء
البايع المبيع بمثلي اي كيلي او وزني او عددي متقارب

وله

وله اي للبايع ضم اجر القصارة والحمل ونحوهما اي نحو
القصارة مما زاد في عين المبيع ونحو الحمل مما زاد في قيمته
لان ما زاد في عين الشيء او في قيمته ملحق به وانما كان
الحمل مما يزيد في قيمة المبيع لان القيمة تختلف باختلاف
المكان فيضم اجر الفتل والطراز والصبغ والغسل
والخياطة ونحوها والاصل ان ما جرى عرف التجار على
الحاقه براس المال يلحق به وما لا فلا واما اجرة الدلال
فلا تضم اتفاقا وتضم نفقة المبيع وكسوته لا نفقة
المشتري على نفسه في سفره من وقت شرائه للمبيع
وقيد بالاجرة لانه لو فعل القصارة او الحمل ونحوهما
بيده لا يضم ويقول قام علي بكذا ولا يقول شريته بكذا
تحرزا عن الكذب اذ المشتري به ما ذكرنا في العقد
فان ظهر للمشتري خيانة من البايع في مرابحة باقرار البايع
او بالبينة او بنكوله عن اليمين وقد ادعاها المشتري اخذه
اي المبيع بثمنه كله او رده بالفسخ وان ظهر له خيانة
في التولية حط الخيانة من الثمن ولا يفسخ وهذا عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف حط فيهما اي في المرابحة
والتولية وهو قول الشافعي في المختصر واحمد وعند محمد
وهو قول الشافعي خير فيهما بين الاخذ بكل الثمن
والفسخ ولو اشترى بالف مؤجلة وباع بربح مائة
او باع تولية بلا بيان خير المشتري بين اخذه بكل الثمن
وبين رده اتفاقا وفي المحيط من اشترى شيئا وصار
مغبونا غبنا فاحشا له ان يرده على البايع بحكم الغبن
وقال القاضي ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا
ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام

ابو السير يعني بان البايع ان قال للمشتري قيمة متاعي
كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشتري بناء على ذلك
فظهر خلافه له الرد بحكم التغرير وان لم يقل ذلك
فليس له ذلك فليس له الرد وبعضهم لا يفتون الرد
بكل حال والصحيح ان يفتي بالرد اذا وجد التغرير
وبدونه لا يفتي بالرد **فصل الربوا** لغة الفضل والزيادة
يقال هذا يربو على هذا اي يفضل ومنه قوله تعالى
وما اوتيتم من ربا ليربوا في اموال الناس فلا يربوا عند
الله وسمي المكان المرتفع ربوة لفضله على ساير البقاع
وشرعا **فضل خال عن عوض** اي لا يقابله عوض في معاوضة
مال بمال **شرط لاحد المتعاقدين في المعاوضة** في شرح
الوقاية اي فضل احد المتجانسين على الاخر بالمعيار
الشرعي اي الكيل والوزن ففضل قفيزي شعير
على قفيز بر لا يكون ربوا وكذا فضل عشرة اذرع هو
من الثوب الهروي على خمسة اذرع منه لا يكون ربوا
وقال خال عن عوض لتحرز بيع كر بر وكر شعير بكري بر
وكري شعير فان للثاني فضلا على الاول لكنه غير خال
عن العوض بصرف الجنس الى خلاف الجنس وقال
شرط لاحد المتعاقدين لانه لو شرط لغيرهما لا يكون ربوا
وقال في المعاوضة لان الفضل الخالي عن العوض الذي
في الهبة ليس بربوا انتهى وفي جميع العلوم الربوا شرعا
عبارة عن عقد فاسد وان لم يكن فيه زيادة لان بيع
الدرهم بالدرهم نسأ ربوا وان لم يتحقق فيه الزيادة
اقول ولا يبعد عد النسا زيادة مجازا ثم ثبوت حرمة
الربوا بالكتاب نحو قوله تعالى لا تاكلوا الربا وبالسنة

نحو

نحو ما رواه احمد وابو داود من حديث ابن مسعود ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن اكل الربوا وموكله
وشاهده وكاتبه وباجماع الامة قال الاسبيجابي اتفقوا
على انه اذا انكر ربوا النساء يكفر واختلفوا في ربوا
الفضل فان ابن عباس لا يري الربوا الا في النسيئة وعنه
انه رجع الى غيره والحاصل ان الاصل في حرمة الربوا قوله
تعالى واحل البيع وحرم الربا ومعناه اللغوي الذي
هو مطلق الفضل والزيادة ليس مراد بالاجماع فكان
النص مجملا وقد ورد بيانه عليه السلام الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر
بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فان
اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا
كان يدا بيد رواه الستة من حديث عبادة بن الصامت
الا البخاري واخرجه مسلم عن ابي سعيد الخدري
عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله سوا وزاد بعد
قوله يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الاخذ
والمعطي فيه سواء والتقدير في هذه الرواية بيعوا
مثلا بمثل وروى محمد بن الحسن في اول بيوع الاصل
قال حدثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي
سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد
والفضل ربوا والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد
وهو خبر بمعنى الامر بل اكد منه تحقيقا لمعنى البيع
وفي رواية لابي داود عن عبادة بن الصامت ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب تبره

والفضل ربوا
وهكذا الى اخر الاصناف
فالتقدير بيعوها مثلا
او يباع مثلا بمثل

وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها والبر بالبر
مدي بمدي والتمر بالتمر مدي بمدي والملح بالملح مدي
بمدي فمن زاد وازداد فقد اربى ولا باس ببيع الذهب
بالفضة والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسيئة فلا ولا
باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما
النسيئة فلا وفي القاموس المدي بضم مكيال للشام
ومصر وهو غير المد جمعه امداء وبرواية الطحاوي
عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا
الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير
بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا سواء بسواء عينا
بعين ولكن بيعوا الذهب بالورق والورق بالذهب
والبر بالشعير والشعير بالبر والتمر بالملح والملح بالتمر
يدا بيد كيف شئتم وقد اتفق القايسون ان الحكم
ليس مقصورا على الاشياء الستة بل النص معلل باتفاق ق
خلافا لداود الظاهري نافي القياس وعثمان البتي
ولكن اختلفوا في العلة فقال علماؤنا علته اي علة
اي علة وجوب المساواة وحرمة الفضل او علة كون
المال ربويا القدر اي الكيل والوزن مع الجنس فلا ربوا
فيما لا يدخل تحت كيل او وزن كالحفنة من القمح والذرة
من الذهب ولا في مكيل او موزون مع خلاف جنسه
وبه قال احمد في رواية وقال مالك علته الاقتيات
والادخار مع الجنس لانه عليه السلام خص بالذكر
كل مقتات ومدخر وقال الشافعي في القديم علته
التطعم مع الكيل والوزن وفي الجديد علته الطعم
في الاشياء الاربعة والثمنية في الذهب والفضة

والجنسية

والجنسية شرط لا تعمل العلة بدونه وبه قال مالك واحمد
في رواية لما روى مسلم من حديث معمر بن عبد الله
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الطعام بالطعام مثلا بمثل
وفي رواية لا تبيعوا الطعام بالطعام الا مثلا بمثل
وفي رواية الا سواء بسواء ونصبهما على الحال ووجه
الدلالة ان الطعام مشتق من الطعم ومتى ترتب
الحكم على اسم مشتق كان ماخذ الاشتقاق علة له
والعلة والطعم بالفتح ما يؤديه الذوق من حلاوة
ومرارة وما بينهما وبالضم الطعام ولنا ما روينا
عن ابي سعيد الخدري وغيره قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة
بالفضة الى ان قال مثلا بمثل الحديث ووجه الدلالة
انه عليه السلام اوجب المماثلة في الجنس الواحد
تتميما للمبادلة في حق العاقدين اذ لو كان احد العوضين
افضل من الاخر لكانت المبادلة تامة لاحد العاقدين
دون الاخر والمماثلة باعتبار الصورة القدر وباعتبار ر
المعنى الجنس وروى الشيخان عن سعيد ابن
المسيب ان ابا سعيد الخدري وابا هريرة حدثاه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سواد
ابن غزية وامره على خيبر فقدم عليه بتمر جنيب
يعني الطيب فقال له رسول الله صلى الله عليه
وسلم اكل تمر خيبر هكذا قال لا والله يا رسول الله
انا نشتري الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة
من الجمع فقال عليه السلام لا تفعل ولكن بع هذا
واشتر بثمنه من هذا وكذلك الميزان انتهى والجمع

تمر ردي مخلوط وفي رواية لهما قال ابو سعيد جاء
بلال الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال
من اين هذا قال كان عندنا تمر ردي فبعت منه
صاعين بصاع فقال اوه عين الربوا لا تفعل
ولكن اذا اردت ان تشتري فبع التمر ببيع اخر
ثم اشتر به ووجه الدلالة انه اشترط في الجنس
المماثلة وهي لا تتحقق الا بالكيل ثم قاس عليه
الميزان اي ما يدخل تحت الوزن لكن قال البيهقي
الاشبه ان قوله وكذلك الميزان من قول ابي سعيد
انتهى والظاهر انه مرفوع لما في الصحيحين لا تفعل
بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في
الميزان مثل ذلك فان ضم قال اما اليه صلى الله
عليه وسلم فهو ظاهر واما الى ابي سعيد فيقبل لانه
نقل في الميزان مثل ما نقل في المكيال والله اعلم
بالاحوال وفي الكفاية اختلاف الجنس يعرف باختلاف
الاسم والمقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا
وعند الشافعي لكونهما مختلفين اسما ومعنى وعند
مالك جنس واحد والبر والشعير والتمر والملح كيلي
وان ترك الناس الكيل فيه والذهب والفضة
وزني وان ترك الناس الوزن فيه وغيرهما اي غير
المذكورات وفي نسخة وغيرها اي غير ما ذكرناه كيلي
وما ذكرناه وزني على العرف مبني علا بالادنى عند
عدم الاقوى وعن ابي يوسف ان العرف يعتبر فيهما
ايضا لان النص فيهما انما كان لانه العادة في ذلك
الوقت فكانت العادة هي المنظور اليها وقد تبدلت

تلو

تلو باع حنطة بجنسها متساويا وزنا او ذهبا بجنسه
متساويا كيلا لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما لو باعه
مجازفة فان وجد الوصفان اي القدر والجنس
حرم الفضل والنسا لوجود علة حرمتهما فلا
يجوز بيع الجص بمثله متفاضلا لوجود الكيل
مع الجنس ولا بيع الحديد بمثله متفاضلا لوجود
الوزن مع الجنس وان عدما اي فقد الوصفان
حلا اي الفضل والنسا لعدم علة حرمتهما مع
ان الاصل الاباحة وان وجد احدهما اي احد الوصفين
بان وجد القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير
او الجنس دون القدر كثوب هروي بجنسه وحرا ب
بجنسه حرم النسا فقط اي دون الفضل لحرمة
ربوا الفضل بالوصفين وحرمة ربوا النسا باحدهما
وقال مالك لا يجوز بيع حيوان باثنين من جنسه
يقصد بهما امر واحد من ذبح وغيره وقال
الشافعي ما عدا الذهب والفضة والماكول
والمشروب لا يحرم فيه شي من جهة الربوا ولنا
ما روي به احمد في مسنده عن جابر ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال في الحيوان اثنان
بواحد لا باس به يدا بيد ولا يصلح نسا وفي رواية
لا خير فيه نسا ولا يجوز الكيلي بمثله الا متساويا
كيلا والوزني ولا الوزني بمثله الا متساويا وزنا وان
تعارفوا فيه الكيل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
لقوله عليه السلام في حديث عبادة مثلا بمثل

سواء بسواء ووجه الدلالة انه عليه السلام شرط في
جواز بيع المكيل بجنسه والموزون بجنسه المساواة
بما اعتبر فيه من القدر وحصول المساواة بغير
ذلك لا تعرف فما المساواة في ذلك فلا يجوز كما لو باع
مجازفة ويكتفي التعيين في بيع المال الربوا بمثله
ولا يشترط التقابض قبل التفرق عندنا وشرطه
مالك والشافعي كالصرف لما روينا من قوله يدا بيد
والمراد به القبض وانما كني عنه بهما لانهما آلته ولانه
المراد في النقدين فكذا في غيرهما ولانه لم يقبض اذا
في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية على غيره
فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة وكما
في الحال والمؤجل ولنا انه باع عينا بعين فلا يشترط
فيهما التقابض كما لو باع ثوبا بثوب او بثوبين
وافترقا لا عن قبض وهذا لان المطلوب من العقد
التمكن من التصرف واذا يترتب على التعيين غير
انه في النقود لا يتحقق الا بالتقابض فاشترطناه
في الصرف التعيين لا لنفسه وغير النقود يتعين
بالتعيين فلا حاجة الى التقابض والمراد من قوله
عليه السلام يدا بيد عينا بعين اذ اليد آلة التعيين
فلم يكن حمله على القبض اولى بل حمله على هذا احق
لما في رواية عبادة بن الصامت عينا بعين وتعاقب
القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف
الحال والمؤجل لكن ما في الصحيحين عن عمر رضي
الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء والبر بالبر ربوا

الا هاء

21

الا هاء وهاء الحديث يرجح حمله على القبض كيف وفي معنى
هاء اخذا وهو من اسماء الافعال ومنه قوله تعالى
هاؤم اقرؤا كتابيه كذا حققه بعض المتأخرين
والجيد والردي سواء لاطلاق الحديث والحديث
جيدها وردها سواء ولان الجودة لا يجوز الاعتياض
عنه بالبيع لا يكون مالا متقوما كالخمر وجاز بيع
حفنة هي ملء الكفين بحفنتين وتفاحة بتفاحتين وبيضة
ببيضتين وجوزة بجوزتين وتمرة بتمرتين لانعدام
علة الربوا بانعدام جزئها وهو القدر اذ المراد بالمما ثلة
القدر بالنص لا تقدير في الشرع بحفنة ولا حفنتين
ولذا يضمن الحفنة والحفنتان بالقيمة عندنا وكذا
لو باع ما دون نصف صاع بما دون نصف صاع
جاز لانه لا تقدير في الشرع بما دون نصف الصاع
بخلاف ما دون نصف صاع بنصف صاع او اكثر فانه
لا يجوز الا مثلا بمثل لوجود القدر من احد الجانبين
لوقوع التقدير بنصف الصاع في الشرع كما في صدقة
الفطر وعند مالك والشافعي واحمد لا يجوز ذلك الا
في رواية عن مالك ورواية عن احمد ورواية المعلى
عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين وقال كل شيء حرم في
الكثير فالقليل منه حرام والى هذه الرواية مال
بعض المحققين وجاز فلس بفلسين باعيانهما
اي الفلس والفلسين بان كان كل من الفلس والفلسين
معينا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وبه قال
مالك والشافعي في الاصح وعند محمد واحمد لا يجوز كما
لا يجوز درهم بدرهمين قيد باعيانهما لانهما لو كانا او

احدهما بغير عينه لم يجز باتفاق فاما اذا كانا بغير اعيانهما
فلانه بيع الكالي بالكالي اعني النسيئة بالنسيئة وهو
منهي عنه واما ان كان احدهما بغير عينه فلان الجنس
بانفراده يحرم النسا وجاز اللحم بالحيوان من غير جنسه
ومن جنسه ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف والمزني
من اصحاب الشافعي وقال محمد لا يجوز اذا كان من
جنسه الا اذا كان اللحم اكثر مما في الحيوان ليكون
اللحم متقابلا باللحم والزايد متقابلا بالسقط لانه
لو لم يكن كذلك لتحقق الربوا من حيث زيادة السقط
او من حيث زيادة السقط اللحم وصار كبيع دهن
السمسم بالسمسم فانه لا يجوز الا بطريق الاعتبار
وقال مالك والشافعي واحمد لا يجوز بجنسه اصلا لا بطريق
الاعتبار ولا بغيره ومذهب مالك واحمد انه يجوز بغير
جنسه والاصح من مذهب الشافعي لا يجوز بغير جنسه
لعموم النهي فيما روى مالك في الموطا وابو داود في
المراسيل عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وهو مع قوله
عليه السلام في الحديث الاخر اذا اختلف الانواع
فبيعوا كيف شئتم دليل مالك واحمد ولابي حنيفة
انه بيع موزون بغير موزون فيصح كيف ما كان
كما لو باع الثوب بالقطن وهذا لان الحيوان ليس
بموزون بل هو عددي متفاوت والمراد بالنهي في
حديث ابن المسيب ما اذا كان احدهما نسيئة لما في
السنن الاربعة عن سمرة بن جندب ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة

قال

قال الترمذي حديث حسن صحيح واخرج عن
الحجاج بن ارطاة عن ابي الزبير عن جابر بن عبد
الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نسا ولا باس به يدا
بيد وقال حديث حسن وجاز الدقيق بجنسه والنخا لة
بجنسها كيلا ونص الشافعي في القديم والجديد
انه لا يجوز الدقيق بالدقيق كيلا وحكى البويطي
والمزني عن الشافعي جوازه وهو مذهب احمد
وقيدنا الكيل لان بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا
يجوز لان الدقيق كيلي ولهذا لا يجوز بيع الحنطة
بالدقيق وزنا ولو كان وزنيا لجاز وجاز الرطب
بالرطب اتفاقا وكذا التمر بالتمر والرطب بالتمر
وعكسه مثلا بمثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد لا يجوز بيع الرطب بالتمر وهو قول
مالك والشافعي واحمد لما روى مالك في الموطا عن
عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفيان عن زيد
ابن عياش عن سعد بن ابي وقاص انه قال سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يسال عن شرا
التمر بالرطب فقال عليه السلام اينقص الرطب
اذا يبس قالوا نعم فنهاه عن ذلك ومن طريق
مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي
حديث حسن صحيح فافسد صلى الله عليه وسلم
البيع واشار الى العلة النقصان عند الجفاف
وبه فتبين ان شرط جواز العقد المماثلة في اعدل
الاحوال وهو ما بعد الجفاف وذا لا يعرف بالمساواة

كيلا في الحال لان تغير الرطب ربما يصير نصفه فيتغير
عند الجفاف وكان ذلك كبيع الدقيق بالحنطة حيث
لا يجوز للتفاوت بعد الطحن ولابي حنيفة قوله
عليه السلام حين اهدي له رطب اوكل تمر خيبر
هكذا فسمى الرطب تمرا كذا قيل وهو تام فيتم في الجملة
اذا كان المهدي رطبا ولست كذلك بل كان تمرا لما روينا
في الصحيحين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعث اخا بني عدي الانصاري فاستعمله على خيبر
فقدم بتمر جنيب فقال عليه السلام اكل تمر خيبر
هكذا فقال لا الحديث وله ايضا قوله عليه السلام
في حديث عبادة بن الصامت والتمر بالتمر مثلا
بمثل والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد اي كان
تمرا فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم
اذا كان يدا بيد وذلك ان الرطب ان كان تمرا جاز
البيع باول الحديث وهو قوله التمر بالتمر وان كان
غير تمر جاز باخره وهو قوله اذا اختلفت هذه
الاصناف فبيعوا كيف شئتم وهذا احسن في باب
المناظرة لدفع الخصم كما قال ابو حنيفة حين دخل
بغداد وكانوا اشد عليه لمخالفته الخبر فسالوه
فاجاب بما تقدم فاوردوا عليه الحديث السابق
فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وهو
ممن لا يقبل حديثه وقد اجيب بانه على تقدير
صحة السند فالمراد عنه النسيئة لما في سنن ابي
داود عن يحيى بن كثير عن عبد الله بن زيد ان ابا
عياش اخبره انه سمع سعد بن ابي وقاص يقول نهى

رسول

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرطب بالتمر
نسيئة وكذا رواه الطحاوي واذا صحت الزيادة
يجب قبولها على المختار عند المحدثين وان خالف
الاكثر لم يرووها لكن قد رد بردية بين كونه تمرا
اولا بان هذا فيما نحن فيه وهو كونه من الجنس ولا
يجوز بيعه بالاخر كالحنطة المقلية بغير المقلية
لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر
[لين] لا تسويهما الكيل وانما يسوي في حال اعتدال البد
وهو ان يجف الاخر وابو حنيفة يعتبره ويعتبر
التساوي في حال العقد وعروض النقص بعد
ذلك لا يمنع لكن فيه ان التعليل في معرض غير
مقبول واما ذكره الشارح بان التفاوت بين
الرطب والتمر باصل الخلقة فيكون ساقط الاعتبار
كالتفاوت بين الجيد والردي ففي غاية من السقوط
وجاز العنب بالزبيب عند ابي حنيفة خلافا لهما لما تقدم
والوجه ما بيناه في الرطب والتمر من الجانبين
وقيل لا يجوز اتفاقا كالحنطة المقلية بغير المقلية
وجاز البر حال كونه **رطبا** اي غير يابس **او** حال
كونه **مبلولا بمثله او باليابس المنقع** فيجوز البر الرطب بمثله
وباليابس والبر المبلول بمثله وباليابس **وجاز**
التمر المنقع **والزبيب المنقع** اسم مفعول من النقع
في الخابية اذا القاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة
[بس] واسم الشراب نقيع **بالمنقع منهما** اي بمثله وباليا
من هنا بمعنى الباء اي جاز بيع التمر المنقع بمثله
وباليابس والزبيب المنقع بمثله وباليابس **متساويا**

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف لانهما يعتبران
التساوي في الحال اذ التساوي شرط صحة العقد
فيشترط عند العقد لا بعده الا ان ابا يوسف ترك
هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد فبقي
الباقي على اصله وقال محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه
يعتبر المماثلة في اعدل الاحوال وهو حال اليبس
ولم يوجد في هذه الصورة **وجاز لحم حيوان بلحم
حيوان آخر** ولو من غير جنسه **متفاضلا وكذا اللبن**
اي جاز لبن حيوان آخر من غير جنسه متفاضلا
وعن الشافعي ان اللحمان والالبان جنس واحد
لاتحاد المقصود منهما وهو التغذي والتقوي
وظاهر مذهبه وهو اختيار المزني ان اللحوم اجناس
مختلفة كمذهبنا وكذا الاصح من مذهبه في الالبان
انها اجناس مختلفة لان اصولها مختلفة الاجناس
حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكوة وتختلف الاسما
باعتبار الاضافة كدقيق البر مع دقيق الشعير مختلفة
المقصود فان بعض الناس يرغب في بعض اللحوم
والالبان دون البعض وقد ينفعه البعض ويضره
البعض وقال مالك اللحوم ثلاثة اجناس الطيور
والدواب اهليتها ووحشيتها والبحريات وبه قال
احمد في احدى الروايات وعنه روايتان اخريان
كقول الشافعي وقيد الحيوان بكونه من غير الجنس
لانه لو كان من الجنس كلحم البقر بلحم الجاموس ولبن
البقر بلبن الجاموس لم يجز بيع احدهما بالاخر متفاضلا
لانهما جنس واحد ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكوة

وكذا

وكذا لحم المعز والضان ولبنهما ولحم العراب والبخت
ولبنهما بخلاف شعر المعز وصوف الغنم فانهما جنسان
لاختلاف الصورة والمقصود **وكذا جاز خل الدقل** وهو
نوع من التمر رديء **بخل العنب** متفاضلا لاختلاف
اصليهما وانما خص خل الدقل بالذكر مع ان الحكم في كل
تمر مع خل العنب واحد لانهم كانوا يجعلون الخل من
الدقل **وجاز شحم البطن بالالية او باللحم** وكذا عكسه
متفاضلا سواء كانت من اجناس او من جنس واحد
من الحيوان لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسامي
والصورة والمقاصد كالشعر والصوف **وجاز الخبز بالبر
والدقيق** متفاضلا لان الخبز عددي وهو قول محمد او
وزني وهو قول ابي يوسف والبر كيلي بالنص وكذا
الدقيق لانه جزؤه فلم يجمعهما القدر من كل وجه
وعن ابي حنيفة انه لا يجوز وبه قال الشافعي واحمد
لان في الخبز اجزاء الدقيق وذلك يورث شبهة المجانسة
والفتوى على الجواز **وان كان احدهما** اي جاز اذا لم يكن
احد البدلين اللذين هما الخبز والبر والخبز والدقيق
نسيئة وان كان احدهما **نسيئة** اما ان كان البر هو
النسيئة فالجواز باتفاق لامكان ضبطه وان كان الخبز
هو النسيئة فعند ابي يوسف يجوز اذا ذكر وزنا معلوما
ونوعا معلوما وعليه الفتوى لحاجة الناس اليه
لا البر اي لا يجوز **البر بالدقيق او بالسويق** اي بدقيق
البر وسويقه متفاضلا او متساويا اما متفاضلا
فلان كل واحد من الدقيق والسويق بر من وجه وان
اختص باسم لان كل واحد منهما من اجزاء البر لان

الطحن لم يجعل المتفرق الاجزا والمجتمع لا يجعله بالتفريق
جنسا اخر واما متساويا فلان المعيار فيه الكيل وهو
غير مستو بينهما وبين البر لاكتنازهما وتخلخل البر هـ
ويجوز عند مالك واحمد في رواية بيع البر بالدقيق وبالسويق
كيلا ووزنا **ولا الدقيق بالسويق** اي دقيق البر بسويقه
متفاضلا او متساويا وهذا عند ابي حنيفة لبقا المجا
نسة من وجه اذ السويق اجزا حنطة مقلية والدقيق
اجزا حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية لا يجوز
بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق وقال ابو يوسف ومحمد
يجوز الدقيق بالسويق كيف ما كان لانهما جنسان
مختلفان لاختلاف اسميهما والمقصود منهما لان احدهما
يصلح لما لا يصلح له الاخر فان الدقيق يصلح للخبز والعصيد
ونحوهما ولا يصلح لشي من ذلك السويق بل يلت
بالسمن او العسل ويوكل **ولا يجوز السمسم بالحل**
بفتح الحا المهملة وهو دهن السمسم المسمى بالشيرج
الا ان يكون الحل اكثر مما اي من حل او من حل الذي **في**
السمسم ليكون قدر الحل بمثله والزايد بالثفل وكذا
بيع الزيتون بزيته والجوز بدهنه واللبن بسمنه هـ
والسمن بزبده والعنب بعصيره على ما في الهداية
ونحوه وعند مالك والشافعي واحمد لا يجوز اصلا **ويستقرض**
الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي يوسف في الكافي وعليه
الفتوى لانه موزون فيعلم بالوزن لا بالعدد لتفاوت
احاده قدرا فلا يتحقق التساوي ولا يجوز عند ابي
حنيفة مطلقا لانه وان وزن فهو متفاوت بتفاوت
الخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر والاستقراض

اغا

انما يصح في المثلي لان من شرطه القدرة على ادا مثل
المستقرض وقد فات شرط صحته فلا يصح واجازه محمد
بالعدد ايضا للتعامل والقياس يترك به كما في الاستصنا ع
وفي مذهب الشافعي وجهان في استقراض الخبز احدهما
كقول ابي حنيفة وهو الاصح والثاني الجواز وزنا
وعددا وبه قال احمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة
الناس اليه **ولا ربوا بين السيد وعبده** لان العبد وما
في يده لسيده هذا اذا لم يكن ماذونا مديونا وكذا
لا ربوا بين السيد وام ولده ولا بين المدبر وسيده لان
كسب كل واحد منهما لسيده بخلاف المكاتب لانه صاره
كالحر يدا وتصرفا **ولا ربوا بين مسلم وحربي في داره** اي
دار الحرب وقال ابو يوسف ومالك والشافعي واحمد
يقع بينهما الربوا لاطلاق النصوص الواردة ولابي حنيفة
ومحمد ان مال اهل الحرب مباح في دارهم فكان المعامل
اخذ بالربوا مالا مباحا بلا غدر فيصح والمراد بالنصوص
الربوا في مال محظور ومال الحربي في دار الحرب
غير محظور بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا
بعقد الامان وما رواه مكحول عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار
الحرب ذكره محمد بن الحسن واسند البيهقي في المعرفة
في كتاب السير عن الشافعي قال قال ابو يوسف
انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة حدثنا
عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا ربوا بين اهل الحرب واظنه قال واهل
الاسلام قال الشافعي وهذا حديث ليس بثابت

ولا حجة فيه وقال في المبسوط هذا مرسل ومكحول ثقة
والمرسل من مثله مقبول **فصل لا يجوز بيع مشترى**
منقول قبل قبضه لان فيه غررا وهو انفساخ العقد
بهلاكه قيد بالمنقول لان بيع العقار يجوز قبل
قبضه لانه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك
وهو نادر والتسليم وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز
ايضا لانه مبيع لم يقبض فلا يصح بيعه كالمنقول وقال
احمد لا يجوز بيعه قبل القبض ان كان مكيلا او موزونا
او معدودا او الاجارة وقال مالك يجوز جميع التصرفات
ان كان غير طعام لانه عليه السلام قال في الطعام
يدا بيد وقبل القبض لا يتاتى ذلك ولما روي هو عن
نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه ولنا
ما روى ابو داود وابن حبان في صحيحه والحاكم
في مستدركه وصححه عن عبد الله بن عمر قال ابتعت
زيتا في السوق اي اشتريته فلما استوجبته لقيني
رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب
على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا هو
زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى
تحوزه الى رحلك فان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها
التجار الى رحالهم وعن حكيم بن حزام قلت يا رسول
الله اني رجل ابتاع هذه السلع وابيعها فما يحل
لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه
ورواه الطحاوي عن حكيم بن حزام قال كنت اشتري

طعاما

طعاما فاربح فيه قبل ان اقبضه فسالت النبي صلى الله
عليه وسلم فقال لا تبعه حتى تقبضه وفي الصحيحين
عن ابن عباس الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه
وسلم هو الطعام قبل ان يقبض قال ولا احسب
كل شيء الا مثله انتهى والتخصيص على الشيء لا ينفي
الحكم عما عداه قيد بالبيع لان المشتري لو وهبه او
تصدق به او اقرضه قبل قبضه يصح على الاصح
وهو قول محمد خلافا لابي يوسف وقيد بالمشتري
لان بيع المهر والميراث او بدل الخلع او بدل العتق
قبل القبض جائز اتفاقا لان العقد لا ينفسخ
بهلاكه **وصح التصرف** اي تصرف البائع **في الثمن**
قبله اي قبل قبضه **وصح الحط عنه** اي عن الثمن
بان ينقص منه **وصح المزيد فيه** اي الذي زيد في
الثمن على ان المزيد اسم مفعول او الزيادة فيه
على انه مصدر ميمي سواء كان ذلك من المشتري
او من اجنبي وسواء كان من جنس المزيد عليه
او من غير جنسه **ان بقي المبيع** هذا شرط لصحة الزيادة
والمراد ببقاء المبيع بقاؤه محلا للمقابلة في حق
المشتري حقيقة بان لم يبعه المشتري ولم يتصدق
به ولم يهبه او وهبه ولم يسلمه حتى لو باعه او
تصدق به او وهبه وسلم لا يصح الزيادة وعن محمد
يصح لبقاء المبيع كذا في المحيط وصح المزيد **في المبيع**
عطف على فيه اي وصح المزيد في المبيع سواء بقي
المبيع او هلك ويكون لذلك المزيد حصة من
الثمن حتى لو هلك قبل قبضه سقط لحصته شي مما

الثمن والاصل ان الزيادة والنقصان يلتحقان باصل
العقد عندنا فيصير العقد كانه ورد على ذلك القدر
وعند زفر والشافعي لا يلتحقان به بل يكونان هبة
مبتداة فتبيد زيادة الثمن ببقاء المبيع لان الزيادة
تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
فيستدعي قيام العقد وقيامه بقيام المعقود
عليه لكن الشفيع ياخذ العقار الذي حط من ثمنه
والذي زيد فيه بالاقل فياخذ بما بقي في الحط وبدون
الزيادة في المزيد لان حق الشفيع تعلق بالعقد
الاول ولا يملك العاقدان التصرف فيه بما يرجع
الى اضراره فلم تظهر الزيادة في حقه وظهر الحط
فيه وصح تاجيل كل دين حال سواء ثبت في الذمة
بعقد او باستهلاك حتى لو باع شيئا بثمن حال ثم
اجله اجلا معلوما صار موجلا لان الحلول حق البايع
فله اسقاطه بتاجيله تيسيرا على من عليه الثمن
ولانه يملك اسقاط المطالبة مطلقا بالابرا فيملك
اسقاطها مدة معينة بالتاجيل اولى ولانه يملك
ولو اجله الى اجل مجهول فان كانت الجهالة فاحشة
كهبوب الريح لا يصح وان كانت متقاربة كالحصاد
والدياس يصح كما في الكفالة الا القرض وهو ما ثبت
في الذمة باستقراض المطالبة في الحال وقال
مالك يصح تاجيل القرض كساير الديون وقال
الشافعي لا يصح تاجيل غير القرض كالعرض ولنا
ان القرض اعارة وتبرع ابتداء ولهذا يصح بلفظ
الاعارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزم رد مثله

[illegible]

فعلى

فعلى الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كالاعارة فان المعير
وان وقت الاعارة له ان يستردها من ساعته اذ لا
جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح التاجيل
فيه لان مبادلة الدراهم بمثلها نسيئة وهو حرام ويدخل
البناء والمفاتيح المتصلة اغلاقها به العلو والكنيف
في بيع الدار لان العرصة اصل في الدار لقرار البنا عليها
وانما دخل البنا وما اتصل به في بيع الدار بطريق
التبعية لاتصاله بالعرصة اتصال قرار فما لا يكون
متصلا بالبنا لا يدخل في بيع الدار الا اذا اجرى العرف
ان البايع يسامح به فانه يدخل بلا ذكر فيدخل العلو
بلا ذكر لاتصاله بالبنا ولا يدخل المفتاح في القياس
لانه غير متصل بالبنا فصار كثوب موضوع في الدار
ويدخل في الاستحسان اذ العادة ان البايع لا يمنعه
عن المشتري بل يسلمه مع الدار اليه ولا يدخل
الباب غير المتصل الموضوع ولا القفل ومفتاحه
ويدخل السلم المتصل بالبناء ولو كان من خشب
ولا يدخل غير المتصل الا في عرف اهل مصر فانه
يدخل ذكره الزيلعي ويدخل الحجر الاسفل من الرحى
وبه قال مالك والشافعي واحمد ويدخل الحجر الاعلى
منها استحسانا وهو الاظهر من مذهب الشافعي لا
الظلة اي لا يدخل الظلة في بيع الدار وهي السدة
التي فوق الباب على ما في المغرب والساباط الذي
يكون احد طرفيه على الدار والطرف الاخر على دار
اخرى وعلى اسطوانات في السكة على ما في جامع
قاضي خان الا ان يذكر كل حق هو لها اي للدار او بمرافقها

أي بذكر مرافقها وهي حقوقها ومنافعها **أو بكل قليل** أي
بذكر كل قليل وكثير **هو فيها أو منها** وهذا عند أبي حنيفة
وعندهما يدخل الظلة إن كان مفتحها في الدار لأنها حينئذ
من توابع الدار فصارت كالكنيف والعلو ولأبي حنيفة
أن الظلة تابعة للدار حيث أن قرار أحد طرفيها على
بناء الدار وليست بداخلها عملا بالشبهين **ويدخل الشجر**
في بيع الأرض بلا ذكره صغيرا كان أو كبيرا مما يثمر لأنه
للقرار فكان أو مما لا يثمر **لا الذرع** أي لا يدخل الزرع
في بيع الأرض بلا ذكره والفرق بينهما أن اتصال
الشجر بالأرض للقرار فكان كالبناء واتصال الزرع
بها لا للقرار فكان كالمتاع وإنما دخل الجنين في بيع
أمه من غير ذكر مع أن اتصاله ليس للقرار لأنه جزء
منها **ولا يدخل الثمر** وهو بالمثلثة **في بيع شجر** إلا بشرطه
سواء كان لذلك الثمر قيمة وقت البيع أو لم يكن لقوله
عليه السلام من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن
يشترط المبتاع ومن باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع
إلا أن يشترط المبتاع رواه أصحاب الكتب الستة
ولأن اتصال الثمر بأصله وإن كان اتصال قرار
كاتصال الشجر بالأرض إلا أن قطع الثمر له غاية
معلومة فصار في حكم المقطوع ويقال للبائع اقطع
الثمر وسلم الشجر وكذا إذا بيعت الأرض وفيها
زرع يؤمر البائع بالحصاد والتسليم وقال مالك
والشافعي وأحمد يترك الثمر حتى يظهر صلاحه ويترك
الزرع حتى يستحصد لأن الواجب هو التسليم المعتاد
ولم تجر العادة بقطع الثمر قبل بدو صلاحه والاحصاد

الذرع قبل استحصاده وصار كما لو مضت مدة الإجارة وفي
الأرض زرع لم يدرك **ولا يدخل العلو في بيع بيت** فوقه
بيت **إلا بشرطه** لا تبعا ولا بذكر ما ذكر لأن البيت اسم لمسقف
له دهليز ويصلح للبيتوتة فيه والشيء لا يكون تبعا
لمثله ولا بذكر حقوقه ومرافقه **ولا في بيع منزل** فوقه بيت
تبعا **إلا بذكر ما ذكر** لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن
غير مسقف فكان الدار أعم منهما لاشتمالها عليهما
فاستتبعت العلو وإن لم يذكر الحقوق لأنها اسم لكل ما أدير
عليه الحائط والعلو مما أدير عليه الحائط فيدخل
والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت
والشيء لا يستتبع مثله وليس مما اجرابه وتوابعه
فيدخل بذكر التوابع والمنزل دون الدار وفوق البيت
فله منزلة بين المنزلتين فتوفر على الشبهين حظهما
فيدخل العلو فيه تبعا بذكر التوابع عملا بشبهه في الدار
ولا يدخل بدونه عملا بشبهه البيت وفي شرح الوافي
قالوا هذا على عرف أهل الكوفة وأما على عرفنا
فيدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل
أو الدار **كالطريق** أي كما لا يدخل الطريق في بيع ماله
طريق **والشرب** في بيع ماله شرب **والمسيل** في بيع
ماله مسيل إلا بذكر الحقوق والمرافق لأن كل واحد منها
تبع للمبيع من حيث إنه خارج عن حدوده ويقصد
للانتفاع به فيه وأصل من حيث إنه ينتفع به بدون
المبيع فكان تبعا من وجه دون وجه فلا يدخل إلا بذكر
ما ذكر عملا بالشبهين **ويدخل هذه الثلاثة في الإجارة**
من غير ذكر ما ذكر لأن الإجارة لم تشرع الانتفاع وهو

لا يتحقق فيما له طريق او شرب او مسيل الا بطريقه او
مسيله بخلاف البيع فانه شرع لملك الرقبة والانتفاع
من ثمراته **ويؤخذ الولد** الذي ولدته الامة عند المشتري
لا باستيلاد **ان استحقت امه ببينة وان** استحقت بان
اقر المشتري بها لمدعيها **لا** اي لا يؤاخذ الولد بل
تؤخذ امه وحدها ويدخل في المبيع ملبوس الغلام
والجارية لو كان خسيسا بالنصب على انه مفعول
للعرف ولا يدخل لو كان نفيسا الا بالشرط لعدم
العرف **ومالك باع غيره** بالرفع فاعل باع **ملكه** بالنصب
على انه مفعول باع اي ملك المالك والمعنى اذا
باع شخص ملك غيره انعقد بيعه وبه قال
مالك وهو بيع الفضولي **ولمالكه فسخه** اي فسخ
البيع وهو مبتدا خبره الظرف المقدم **وله** اي للمالك
اجازته ان بقي العاقدان والمعقود له وهو المالك
والمبيع وكذا ان بقي الثمن حال كونه **عرضا** لانه مبيع
من وجه وقال الشافعي في الجديد واحمد في رواية لا ينعقد
لانه اضاف ذلك البيع الى محل لا ولاية له عليه لانها
تكون بالملك المطلق للتصرفات او باذن المالك
الذي له ولاية التصرف ولم يوجد واحد منهما فيلغوا
التصرف والشرعي كما يتوقف على الاهل والمحل
يتوقف على الولاية الشرعية فاذا فاتت لا ينعقد
ولان بيع الآبق لا ينعقد مع كونه مملوكا لعدم
القدرة على تسليمه فما لا يملك البائع اولى ولنا
ما روى البخاري وغيره ان النبي صلى الله عليه
وسلم دفع الى عروة البارقي دينارا يشتري به شاة

للاضحية

للاضحية فاشترى به شاتين وباع احدهما بدينار وجاء
بشاة ودينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
النبي عليه السلام بارك الله لك في صفقتك
ووجه الدلالة ان عروة باع الشاة الثانية من غير
اذن النبي صلى الله عليه وسلم وقد اجازه عليه
السلام وروى الطبراني في معجمه والترمذي في جامعه
مثل هذا عن حكيم بن حزام الا ان حكيما اعطاه
رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا ليشتري
به اضحية فاشترى اضحية بدينار فباعها
بدينارين ثم اشترى اضحية بدينار وجاء بدينار
واضحية فتصدق رسول الله صلى الله عليه
وسلم بالدينار ودعا له بالبركة ولان هذا تصرف
صدر من اهله لانه عاقل بالغ مضافا الى محله لانه
مال متقوم ولا ضرر في انعقاده على المالك لانه
مخير فان راى فيه مصلحة اجازه والا فسخه فينعقد
ويتوقف نفوذه على اجازة المالك بل فيه نفع
له حيث سقط عنه مؤنة طلب المشتري لبيعه
القدرة الشرعية وقرار الثمن وفيه نفع العاقد
من حيث صيانة كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري
فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه
على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل راض بتحصيل
التصرف والنافع له وكذا كل ما له مجيز حالة وقوعه
من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على
الخلاف وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف
ويقع وانما شرط بقاء العاقدين والمعقود عليه

ولنا ان الاجازة تصرف في العقد فتفتقر الى قيامه
وقيامه بقيام محله ولا بقاء وحصل العتق ببيع
الفضولي بالحكم لان شراءه لا يتوقف على الاجازة
بل ان وجد نفاذا على الفضولي نفذ عليه وان لم
يجد نفاذا عليه بان كان محجورا عليه يتوقف وقال
الشافعي في القديم يتوقف كالبيع وبه قال مالك
واحمد في رواية ولنا ان الثمن في الشراء لازم لزمه
المشتري بالتزامه فينفذ بخلاف البيع فان فيه
بالبيع وهو ملك لغيره ويتضرر بلزوم العقد فيه
فيتوقف على رضاه ولم يفرق بينهما صاحب
المواهب حيث قال ويجوز تصرف الفضولي من
الايجاب والقبول عندنا **وهو** اي الثمن اذا اجازه
المالك البيع **ملك للمجيز** وهو المالك **وامانة عند**
بايعه وهو الفضولي لانه صار بمنزلة الوكيل
لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة
وله اي للبايع الفضولي **فسخه** اي البيع **قبل**
الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي
في النكاح فانه ليس له الفسخ قبل الاجازة لان
الحقوق لا ترجع اليه لانه سفير محض
فاذا حصل العقد انتهى اي انتهى امره فيصير كالاجنبي
وجاز اعتاق المشتري من الغاصب ان اجيز بيع الغا
لا بيعه اي لا يجوز بيع المشتري من الغاصب **ان اجيز**
بيع الغاصب يعني من اشترى عبدا من الغاصب
فاعتقه ثم اجاز المولى ذلك الشرا جاز العتق وان
وان باعه المشتري فاجاز المولى الشراء الاول

لم يجز

لم يجز الشرا الثاني وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر وهو رواية عن ابي يوسف لا يجوز العتق
ايضا وهو القياس وقول مالك والشافعي وهذه
ثانية المسائل التي جرت المحاورة فيهما بين
ابي يوسف ومحمد وقال ابو يوسف فيها لمحمد روينا
لك ان العتق باطل عند ابي حنيفة وقال محمد رويت
لي ان العتق جائز عنده وحاصل الخلاف راجع الى ان
اعتاق المشتري من الغاصب موقوف عند ابي حنيفة وابي
يوسف على ان ينفذ الشرا باجازة المالك وباطل عند محمد
لان الاعتاق لا يصح الا في الملك الكامل للمعتق لما روى ابو
داود والترمذي في الطلاق وقال حديث حسن صحيح
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا
عتق فيما لا يملك ولا طلاق فيما لا يملك ولابي حنيفة وهو
وجه الاستحسان ان ملك المشتري من الغاصب ثبت
موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك فيتوقف
الاعتاق بتوقفه واذا نفذ نفذ بحقوقه **فصل**
بيع السلم وهو لغة السلف وشرعا اسم لعقد يوجب
الملك في الثمن عاجلا وفي الثمن اجلا وهو مشروع على
خلاف القياس لكونه بيع معدوم ولكنه جائز بالكتاب
لما روى الحاكم في المستدرك في تفسير سورة البقرة
وقال صحيح على شرط الشيخين عن ابن عباس انه قال
اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله
تعالى في الكتاب واذن فيه قال تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية

ورواه الشافعي في مسنده وبالسنة وهو ما اخرجه الايمة
الستة في كتبهم عن ابي المنهال عن ابن عباس قال قدم النبي
صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في الثمر السنتين
والثلاث فقال صلى الله عليه وسلم من اسلف في شي
فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم وبما
اخرج البخاري عن عبد الله بن ابي اوفى انه قال ان كنا
لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر
وعمر في الحنطة والشعير والتمر والزبيب وبالاجماع
فان الامة اجتمعت على جواز السلم لحاجة الناس
وضرورتهم اليه وانما يصح السلم **فيما يعلم قدره ووصفه**
بكيل او وزن او ذرع او عد بخلاف ما لا يعلم قدره ووصفه
الى المنازعة فلا يصح السلم فيه وذلك **كالمكيل** نحو البر
والشعير وساير الحبوب وغيرها ولو اسلم في الحنطة
وزنا اختلف فيه والفتوى على جوازه لتعامل الناس
والموزون نحو الدهن **ثمنا** قيد به لان الموزون الثمن وهو
الدراهم والدنانير لا يكون مسلما فيه لانه ثمن والمسلم
فيه مبيع فلا يكون ثمنا فعلنا وزنا والشافعي خصوا جوازه
الموزون بالثمن منه وعممه مالك لظاهر قوله عليه
السلام ووزن معلوم ولانه يمكن النقدين بالقيمة
فيجوز السلم فيهما ولنا انهما خلقا اثمانا والمسلم فيه مبيع
والنص مقيد به لانه نهي عن بيع ما ليس عند الانسان
ولو اسلم في الثمن بان اسلم حنطة او عروضا في احد النقدين
يكون باطلا عند ابن ابان وبيعا صحيحا بثمن موجل عند
ابي بكر الاعمش حملا لكلام العاقدين على الصحة وهو انهما
قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم وقول ابن ابان اصح لان

المعقود

المعقود عليه هو المسلم فيه وهذا الخلاف اذا اسلم غير
شي من النقدين في احدهما واما اذا اسلم احدهما في الاخر
فانه لا يجوز بالاجماع لان القدر بانفراده يحرم النسا
والمذروع اي وكالمذروع **كالثوب مبينا طوله وعرضه**
ورقعته اي رقته وغلظه لان مقدار المالية في الثياب
يعلم بذكر هذه الاشيا والتفاوت بعدها يسير فلا
يضر لانه لا يفضي الى المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم وهذا في غير الحرير واما في الحرير فلا بد فيه من
ذكر الوزن ايضا لان قيمة الثوب منه تختلف باختلاف
وزنه وفي المجتبى والقياس ان لا يجوز السلم في المذروعات
لتعذر ثبوتها في الذمة ولهذا لا يقضى بالمثل في الاستهلاك
كالجواهر لكن ترك ذلك باجماع الفقهاء وفي الخلاصة
ولو اطلق ذكر الذراع فله ذراع وسط **والمعدود** اي
وكالمعدود **متقاربا** وهو ما لا يتفاوت احاده في القيمة
ويضمن بالمثل كالجوز والبيض لانهما معلوما القدر بالعدد
والتفاوت بين احادهما بالصغر والكبر ساقط الاعتبار
فيما بين الناس قيد بالمتقارب لان المتفاوت كالبطيخ
والرمان والسفرجل لا يصح فيه السلم عددا للتفاوت
احاده في القيمة **فيصح السلم في السمك** اي الصغار
واختلف في الكبار **المليح** اي الذي قد قدد وملح وانما يصح
السلم فيه بالوزن لا بالعدد لتفاوت احاده بالكبر
والصغر قيد بالمليح لان الطري لا يصح السلم فيه
بالوزن في غير حينه لانه ينقطع من ايدي الناس
حتى لو كان في حينه جاز السلم فيه وقيل لا فرق بين
الطري والمليح وعن ابي يوسف لا يصح فيهما **لا في الحيوان**

انه لا يصح السلم في الحيوان وهو قول الثوري والاوزاعي
وقال الشافعي واحمد يصح وهو قول مالك الا في الخلفات
وهي الحوامل من النوق فانها مجهولة لما روى ابو داود في
سننه واحمد بن حنبل في مسنده والبزار في مسنده
والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم عن عبد
الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
امره ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ في
قلايص الصدقة فكان ياخذ البعير بالبعيرين الى ابل
الصدقة وهي ههنا بمعنى على كما في رواية نحو قوله
تعالى ونصرناه من القوم الذين كذبوا باياتنا ولانه
مبيع معلوم الصفة فيجوز السلم فيه كالثياب
واعترض بما رواه ابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق
في مصنفه من حديث ابن عباس واصحاب السنن
الاربعة من حديث سمرة بن جندب ان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة
واجيب بانه محمول على ان يكون النسأ في الحيوان
من طرفين وانما في آثار الطحاوي بسنده الى رافع
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من
رجل بكرا فقدمت عليه بابل من ابل الصدقة فامر ابا
رافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال
لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال اعطه اياه ان
خيار الناس احسنهم قضاء محمول على القرض ولنا
ما اخرجه الحاكم في مستدركه وقال صحيح الاسناد
والدارقطني في سننه عن عكرمة عن ابن عباس
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان

وما رواه محمد في الآثار عن ابي حنيفة عن حماد بن
سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن
مسعود الى زيد بن خويلد البكري مالا مضاربة
فاسلم زيد الى عريس بن عرقوب الشيباني فاتاه
في قلايص فلما حلت اخذ بعضا وبقي بعض
فاعسر عريس وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه
يسترفقه فارسل عبد الله الى زيد وقال اردد
ما اخذت وخذ راس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء
من الحيوان ولان الحيوان يتفاوت احاده تفاوتا
فاحشا فانك ترى عبدين او امتين متفقين في
الاوصاف المشروطة ومع ذلك باختلاف الصباحة
والملاحة والفصاحة والكياسة وحسن السيرة
والصورة يساوي احدهما الفا والاخر الوفا قال
الشاعر

شعر

الا رب فرد يعدل الالف زائدا • والف تراهم لا يساوون واحدا

فلا يجوز السلم فيه كالجواهر بخلاف الثياب فانها
بصنع العبد وهو انما يصنع بالة فاذا اتخذت الالة
والصانع لم يبق الا التفاوت اليسير وهو لا يعتبر
وحديث عبد الله بن عمرو السابق قال ابن
القطان في كتابه انه ضعيف مضطرب الاسناد
وبينه فلا يحتج به ولا يصح السلم في اللحم عند
ابي حنيفة ولو منزوع العظم على الاصح في الرواية
عنه ويصح عندهما مالك والشافعي مطلقا ان
بين جنسه ونوعه وسنه وصفته وموضعه
وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب كذا رطل

يكذا كما يصح في الالية والشحم والسمك وزنا وبه
يفتي واطرافه أي ولا يصح السلم في اطراف الحيوان
كالرؤس والاكارع وهي جمع كراع وهو ما دون الركبة
في الدواب وبه قال الشافعي في الاظهر لانها عددية
متفاوتة قيل هذا قول ابي حنيفة واما عندهما
فيجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز باتفاق والجلود أي
ولا يصح السلم في الجلود عددا غير مبين الطول والعرض
والصفة لان السلم اذ التفاوت بين راس وراس
وكوارع وكراع معتبر فيما بين الناس وعاكسوت
لاجله ولو اسلم في الرؤس والاكارع وزنا اختلفوا
فيه وقال مالك والشافعي واحمد في رواية يجوز
السلم في الجلود والراس والاكارع عددا ووزنا لانها
معلومة القدر والصفة في السلم والصفة
بالذكر ولان الجلود في معنى الثياب لانها يتخذ
منها الفرو والخفاف قيدنا بالعدد غير المبين
الطول والعرض والصفة لان السلم فيها وزنا يجوز
وكذا عددا اذا بين طولها وعرضها والجواهر
أي ولا يصح السلم في الجواهر لانها عددية متفاوتة
تتفاوت احادها في المالية بالصغر والكبر بخلاف
اللآلي في الصغار التي تباع وزنا فانها يصح السلم
فيها لانها تعلم بالوزن وبصاع أي ولا يصح السلم بها
بمكيال ولا ذراع معين لم يدر قدره لان القدرة
على التسليم وقت وجوبه شرط وهي لا يتحقق الا
ببقاء ما عينه من المكيال والذراع الى وقت التسليم
وبقاؤه غير معلوم لاحتمال انه يضيع فيقع النزاع

وإنما

وإنما جاز البيع بهما لان السلم يتاخر فيه التسليم فيكون
الضياع محتملا بخلاف البيع وشروطه أي السلم وفي
بعض النسخ شرطه بيان جنسه أي جنس
السلم فيه كبر او شعير وبيان نوعه كسقيه بفتح
فكسر فتشديد التحتية أي حنطة مسقية سيحا
وبيان صفته كجيد وبيان قدره ككذا كيلا بمكيال معروف
او كذا وزنا بميزان معروف لان السلم فيه فيختلف
بالجنس والنوع والصفة والقدر فلا بد من بيان
هذه الاشيا لقطع المنازعة وبيان اجله فلا يجوز
السلم حالا ولا موجلا باجل مجهول وقال الشافعي
يجوز السلم في الحال وبه قال عطا وابو ثور واختاره
ابن المنذر لانه مبادلة مال بمال فلا يكون فيه
الاجل شرطا كالبيع ولنا ما مر من قوله عليه السلام
من اسلف في شي فليسلف في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم واقله أي اقل الاجل في
السلم شهر كذا روي عن محمد وهو الاصح وعليه
الفتوى ومن شروط السلم بيان قدر راس المال في
راس المال الوزني في راس المال الكيلي في راس
المال العددي ولو قال وقدر راس المال الكيلي الى اخره
لكان اولى ثم ما ذكر ان كان راس المال عند العقد
غير مشار اليه فباتفاق وان كان مشارا اليه
فعند ابي حنيفة خلافا لهما حتى لو قال اسلمت
اليك هذه الدراهم في كر بر ولم يبين وزن الدراهم
او قال اسلمت اليك هذا البر في من زعفران
ولم يبين قدر البر لا يصح عنده ويصح عندهما واما

راس المال الذرعي اذا كان مشارا اليه عند العقد
لا يشترط بيان قدره بالاتفاق **ومن شروطه بيان**
مكان ايفاء مسلم اي مسلم فيه **لحمله مؤنة** وهذا عند
ابي حنيفة ووجه في مذهب الشافعي وقال ابو يوسف
ومحمد لا يشترط ذلك اي بيان مكان الايفاء ولكن ان شرطا مكانا
صح وان لم يشترطا يتعين مكان العقد وهو قول
ابي حنيفة اولا والاصح في مذهب الشافعي لان التسليم
وجب بالعقد فيتعين له مكان العقد كما في البيع ولابي
حنيفة ان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا
او لضرورة وجوب التسليم في الحال ولم يوجد واحد
منهما بخلاف البيع فانه واجب التسليم في الحال فيتعين
له موضع العقد وقيد المسلم فيه بان يكون لحمله مؤنة
لانه لو لم يكن كذلك كالمسك والزعفران والكافور
القليلة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفا عندهم
لان قيمته لا تختلف باختلاف المكان **وقبض راس المال**
اي مال المسلم **قبل الافتراق** اي افتراق العاقدين
بالابدان **شرط بقائه** خبر لمبتدا مقدم اي شرط بقاء
السلم صحيحا وبه قال الشافعي وبهذا صح السلم مع
تاخير التسليم والتسلم الى اخر المجلس ولو مكثا الى الليل
او سارا فرسخا او نام احدهما وجوز مالك تاخيره اليوم
واليومين والثلاث بشرط وقيل لا يجوز فان اخر اكثر
بغير شرط فقولان ولا فرق بين كون راس المال مما
يتعين كالنقود او مما يتعين كالعروض اما ان كان
مما لا يتعين فلئلا يفترقان عن دين بدين وهو بيع بالكا لي
بالكالي اي النسيئة بالنسيئة رواه ابن ابي شيبة

واسحاق

34 واسحاق ابن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث
موسى ابن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله
عنه صلى الله عليه وسلم ولفظ البزار قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع
كالي بكالي وعن بيع عاجل باجل فالغرر ان يبيع ما ليس
عندك والكالي بالكالي دين بدين والعاجل بالاجل ان
يكون له عليك الف درهم مؤجلة فتعجل عنها بخمسمائة
واما ان كان من العروض فلان السلم اخذ عاجل باجل
والمسلم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا
ليكون حكمه على وفق اسمه ولو ابى المسلم اليه قبض
راس المال اجبر عليه ومن شروط السلم وجود
المسلم فيه من وقت العقد الى وقت التسليم حتى لو كان
موجودا حالة العقد معدوما وقت التسليم لا يجوز
بالاجماع ولو كان معدوما حال العقد موجودا وقت
التسليم او معدوما بينهما لا يجوز عندنا وهو قول الاوزاعي
والمعتبر وجوده في السوق الذي يباع فيه في ذلك المصر
وقال مالك والشافعي يشترط وجوده حال حلوله
فقط ولنا ما رواه ابو داود وابن ماجة واللفظ له عن
اسحاق عن رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر اسلم
في نخل قبل ان تطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم
في حديقة نخل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
قبل ان تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئا ذلك العام
فقال المشتري اؤخرك حتى تطلع فقال البائع انما
النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال للبائع اخذ من نخلك شيئا قال

لانه لم يستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه ولا
تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وفيه مجهول لما علمت
وما في البخاري عن ابي البختري سألت ابن عمر عن السلم
في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
بيع النخل حتى يصلح وعن بيع الورق نساء بناجز
وسألت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل
منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في
العلم والتتبع انهما فهما من نهيه عن بيع النخل حتى
يصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده
عند العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل **فلو كان**
راس المال **دينا وعينا** من جنس واحد بان اسلم مائة
درهم نقدا ومائة درهم دينا على المسلم اليه في كر
بطل السلم في حصة الدين لانه دين بدين وصح في حصة
النقد لوجود قبض راس المال في المجلس وقال زفر
يشيع الفساد ويبطل العقد في حصة العين ايضا
لان هذا الفساد في صلب العقد **ولا يجوز** اي لا يصح
التصرف **في راس المال** قبل قبضه **ولا التصرف**
في المسلم فيه قبل قبضه باستبدال او تولية او شركة
او اقالة بخلاف ارتهان او حوالة او كفالة اما في راس
المال فلان قبضه في المجلس فرض فيه فلما اخرجه حق
الله تعالى وفي التصرف فيه قبل قبضه تعرض لتفويت
ذلك واما في المسلم فيه فلما اخرجه ابو داود وابن ماجه
والترمذي في علله الكبير وقال لا اعرفه الا من هذا
الوجه وهو حسن عن ابي سعيد قال قال رسول الله

صلى

صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره
وما روى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن قتادة
عن ابن عمر انه قال اذا اسلفت في شيء فلا تاخذ
الا راس مالك والذي اسلفت فيه ولو اسلم في رطب
فاخذ مثله تمرا او بالعكس صح عند ابي حنيفة نظرا
الى التساوي في الحال ولم يصح عندهما نظرا الى التفاوت
في المآل ولو اخذ دقيقا وسويقا او مقليا عن بر او
اخذ دقيقا عن سويق او بالعكس لا يصح باختلاف
الجنس فكان استبدالا وان تقايلا عقد السلم منعنا
رب السلم شراء شيء من المسلم اليه براس المال استحسانا
ولم يمنعه زفر قياسا لانه لما بطل السلم بقي راس المال
دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اسلم في شيء فلا يصرفه
الى غيره رواه ابو داود والترمذي وحسنه ورواه الدار
قطني عن ابراهيم عن سعيد الجوهري ولفظه فلا ياخذ
الا ما اسلم فيه او راس ماله **والاستصناع** استفعال
من الصنع وهو العمل من نحو خف وطست وصورته
ان يقول لخفاف اخرز لي خفا من اديمك يوافق رجلي
وتريه رجله بكذا **باجل** يضرب مثله للسلم **سلم**
فيعتبر فيه شروط السلم سواء تعاملوا فيه كالخفاف
ولا كالثياب وقال ابو يوسف ومحمد هو فيما تعاملوا فيه
استصناع لانه بلفظه فيحمل عليه ويكون ذلك الاجل
للاستعجال لا للاستمهال بخلاف ما لم يتعاملوا فيه
لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولا يجب
حقيقة ان الاستصناع بالتعامل يحتمل السلم فكان

حمله عليه اولى لان جوازه بالكتاب والسنة واجماع
الامة وجواز الاستصناع بالتعامل وقيدنا الاجل
بكونه يضرب مثله للسلم لانه لو قال على ان يفرغ
غدا او بعد غد لا يكون سلما لان ذكر المدة حينئذ
للفراغ من العمل للمطالبة وقال زفر والشافعي لا يجوز
الاستصناع وهو القياس لانه لا يمكن تجويزه اجارة
لانه استيجار على العمل في ملك الاجير اذ الاديم ملك
الصانع ولا بيعا لانه بيع ما ليس عنده ولا سلما
لفقد شرايطه ولكن جوزناه استحسانا بالتعامل
الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى
الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه
الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم
لا يجتمع امتي على ضلالة و الاستصناع بلا اجل
فيما يتعامل الناس فيه بيع لا عدة وكان الحاكم
الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد
بالتعاطي اذا جاء به الصانع مفروغا منه ولهذا
ثبت الخيار لكل منهما والصحيح عند الجمهور انه بيع
لان محمدا سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان
وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد
يجوز قياسا واستحسانا في الكل قيل وحكم الحاكم
احكم والله سبحانه اعلم لكن الصحيح انه بيع فيجبر
الصانع على العمل ولو كان مواعدة لما جبر ولا يرجع
الامر عنه ولو كان مواعدة لكان له الرجوع والمبيع في
الاستصناع العين لا عمله اي عمل الصانع وقال ابو
سعيد البردعي عمله نظرا الى ان الاستصناع مشتق

من

من الصنع وهو العمل وقد اشار المص الى ما يدل من
الفروع على ان المبيع في الاستصناع العين بقوله فلو
جاء بما صنعه غيره قبل العقد او بعده او بما صنعه
هو قبل العقد الظرف متعلق بصنعه المقدر فاخذ
الامر العين صح ولو كان المعقود عليه عمله لم يصح
وبقوله ولا يتعين له اي للامر بلا اختياره اذ يدخله
خيار الروية بيع العين لا بيع العمل وصح للصانع
بيعه قبل روية الامر اي المستصنع لعدم تعينه
حينئذ لان تعينه باختيار الامر واختيار الامر
بعد رويته ولا يثبت للمستصنع خيار الروية اذا جاء
به الصانع على الصفة المشروطة عند ابي حنيفة
خلافا لهما وصح بيع الكلب ولو كان عقورا والسباع معلمة
او لا وشرط شمس الايمة لجواز بيع الكلب ونحوه ان
يكون معلما او قابلا للتعليم وقال الشافعي لا يصح بيع
الكلب مطلقا لانه نجس العين كالخنزير وكذا عندنا
في رواية وهو قول احمد وبعض اصحاب مالك والمشهور
من مذهبه الجواز واما اقتناء الكلب للصيد
او لحفظ الزرع او المواشي او البيوت فجايز بالاجماع
لهم ما روى البخاري ومسلم من حديث ابي سعيد
الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن
ولنا ما روى ابو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن
عكرمة عن ابن عباس قال رخص رسول الله صلى
الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد والذمي في احكام
كالمسلم لانه مكلف بموجب المعاملات فما جاز للمسلم

من المباحات جاز له وما لا فلا كالربوا الا في الخمر والخنزير
بيعهما في عقد الذمي كالخل والشاة في عقدنا فيكون
الخمر عندهم مثليا والخنزير قيميا روى عبد الرزاق
في مصنفه عن سفيان الثوري عن ابراهيم بن عبد
الاعلى الجعفي عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر بن
الخطاب ان عماله يأخذون الجزية من الخمر فناشدهم
ثلاثا فقال له بلال انهم ليفعلون ذلك قال فلا
تفعلوا ولوهم بيعها فان اليهود حرمت عليهم
الشحوم فباعوها واكلوا اثمانها ورواه ابو عبيد
في كتاب الاموال وقال كانوا يأخذون من اهل
الذمة الخمر والخنزير في جزية رؤسهم وخراج
اراضيهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فهذا
الذي انكره بلال ونهى عنه عمر ورخص لهم ان يأخذوا
ذلك من اثمانها اذا كان اهل الذمة المتولين بيعها
لانها مال لهم ويجب مال للمسلمين انتهى وسويد
ابن غفلة بفتح المهملة والفاء ابو امية الجعفي
ولد عام الفيل قدم المدينة حين دفنوا النبي صلى
الله عليه وسلم سمع من ابي بكر وعمر **ودرهم نثر**
فوقع في ثوب رجل فهو له اي الدرهم للرجل **ان**
اعده اي اعد الرجل الثوب **له** اي لوقوع الدرهم
او ان كفه اي جمع الرجل الثوب بعد وقوع الدرهم
فيه لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد
وقد وجدنا ما يدل عليه وهو اعداد الثوب او جمعه
والا اي وان لم يعد الرجل الثوب ولم يجمعه على الدرهم
فللآخذ اي فالدرهم لآخذه لانه مباح سبقت يده

واعتبر

واعتبر انت او هو بصيغة المجهول الحافي **به** اي بهذا
الذي ذكرناه في الدرهم الذي نثر **سائر المباحات**
فلو افرخ طير او باض في ارض رجل ان كانت ارضه
مهيأة لذلك فهو له والا فلآخذه بخلاف ما لو عسل
النحل في ارض فانه يملك عسله وان لم يعد ارضه
لان العسل مما يحصل من الارض فيكون تبعا لها
كالشجر النابت فيها والتراب المجتمع لجريان الماء
فيها ولهذا يجب في العسل العشر اذا اخذ من الارض
العشرية **فصل الصرف** لغة النقل والرد
قال تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به
لانه يحتاج فيه الى نقل بدليه من يد الى يد وشرعا
بيع الثمن اي المخلوق للثمنية وهو الذهب والفضة
مطلقا بالثمن **جنسا بجنس** كذهب بذهب او فضة
بفضة فيشترط فيه التساوي وزنا وان اختلفا جودة
وصياغة لما تقدم من اهدار الشارع اعتبار الجودة
عند المقابلة بالجنس وجنسا **بغير جنس** كذهب
بفضة او فضة ~~بفضة~~ بذهب فلا يشترط فيه
التساوي وزنا بل جاز فيه التفاضل لقوله عليه
السلام فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف
شئتم اذا كان يدا بيد **ويشترط** في الصرف سواء
كان بالجنس او بغيره **التقابض** من الطرفين باليد
لا بالتخلية **قبل الافتراق** بالابدان باجماع العلماء
ولما روى مالك في الموطأ عن عمر انه قال لا تبيعوا
الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق
بالذهب احدهما غائب والاخر ناجز وان استنظرك

ان يلج بيته فلا ينظره الا يدا بيد هاك وهاك اني
اخشى عليكم الربوا **وان وقع التقابض في البعض صح**
العقد **فيه** اي في ذلك البعض وبطل في الباقي **في انا**
فضة اي حال كونه ذلك البعض في اناء الفضة يعني
ان من باع انا فضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا
بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض **وصار الانا**
مشتركا بينهما لان هذا العقد صرف كله والتقابض
في المجلس شرط في الصرف وقد وجد في البعض دون
البعض فيصح فيما وجد فيه ويبطل فيما لم يوجد وهذا
الفساد طاري لانه لعارض الافتراق لا عن قبض
فلا يتعدى الى ما لم يوجد فيه قيد البعض بكونه في انا
لانه لو كان في نقرة لم يكن الحكم لزوم اشتراكهما
لان النقرة يتبعض فلا ضرر بخلاف الانا وليس الصحة
في بعض الانا الذي نقد ثمنه والبطلان في بعض
الذي لم ينقد ثمنه من تفريق الصفقة لان هذا
تفريق من جهة الشرع باشتراط القبض فصار
كهلاك احد العبدين **وكذا يصح العقد في السيف المحلى**
اذا بيع ووزن حليته مثلا خمسون بمائة ونقدا
المشتري خمسين **ان خلصت الحلية بلا ضرر وصرف**
القبض الى ثمنها اي ثمن الحلية وان لم يبين انه ثمنها
لان قبض حصة الحلية واجب في المجلس لحق الشرع
وقبض حصة السيف غير واجب فيه والتسليم
مطلق فيجعل المنقود من حصة الحلية لان الظاهر
من حال المسلم العاقل ان يؤدي الواجب ولا يخل
به وكذا لو قال خذ هذه الخمسين من ثمنها لان المثنى

قد يعبر

قد يعبر به عن الواحد كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان احدهما لانهما يخرجان من المالح لا من العذب
وفي قوله تعالى نسيا حوتهما والناسي صاحب موسى
بدليل قال نسيت الحوت وفي قوله تعالى قد اجيبت
دعوتكما والداعي كان موسى عليه السلام وفي قوله
عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عم له اذا كنتما
في سفر وفي رواية اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد
احدهما فيحمل ما نحن فيه على ذلك نظرا الى ظاهر
المسلم هنالك بخلاف ما لو صرح وقال خذها من ثمن
السيف فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه
وان افترقا ولم يقبض شي ولكن في ان الحلية تخلص بالاضرار
بطل العقد فيها اي في الحلية لان العقد فيها صرف
وقد فات شرطه وهو القبض في المجلس قيد البطلان
بكونه في الحلية لان العقد حينئذ يصح في السيف لانه
مقدور على تسليم ويمكن افراده بالبيع لكونه يتخلص
بلا ضرر كالطوق والامة فاما اذا بيع امة مع طوق
بنقد نسيئة فسد العقد فيهما عند ابي حنيفة وفي
الطوق عندهما **وان لم يخلص** الحلية الا بضرر والحال
انه لم يقبض شي **بطل العقد اصلا** اي في الحلية وفي
السيف اما في الحلية فلفقد شرطه الصرف وهو التقابض
في المجلس واما السيف فلتعذر تسليمه بدون الضرر
ولو باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز بان
يصرف كل جنس بخلاف جنسه تصحيحا للعقد كما لو
باع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير وافسده
الشافعي وزفر ولو باع ما غالبه فضة او ذهب بخالصه

لم يجز الا متساويا وزنا لان العبرة للغالب فكان كل منهما
كحكم خالصه وبهذا لا يستقرض الا وزنا ولو باع ما غالبه غش
باخر مثله متفاضلا جاز ويكون الغش في كل واحد
منهما مقابلا بالخالص الذي في مقابله لكن بشرطه
التقابض قبل الافتراق لوجود الصفقة او الذهب في
كل من الجانبين مع عدم التخلص الا بضرر ولو باعه
بخالص من فضة او ذهب لا يجوز الا ان يكون الخالص
اكثر مما في غالب الغش منه كبيع الزيتون بالزيت
والشيرج بالسمسم ويجوز التبايع والاستقراض برائج
المغشوش وزنا ان كان رواجه به او عددا ان راج به
او بهما ان راج بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة

كتاب الشفعة

وهي لغة الضم
ومنه الشفع في الصلاة لضم ركعة الى اخرى والشفع
الذي هو ضد الوتر والتشفيع لانضمام رؤية الى راي
المشفوع له في الطلب وشفاعة المذنبين لانها تضمهم
الى الفائزين وشرعا تملك العقار على مشتريه
جبرا بمثل ثمنه الذي اشتراه به لما في صحيح مسلم
عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم الشفعة في كل شرك ربعة او حائط لا يصلح
ان يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ او يدع فان
ابى فشريكه احق به حتى يؤذنه وتثبت الشفعة
بقدر رؤوس الشفعاء عندنا لا بقدر الملك كما قال
مالك والشافعي في الجديد واحمد في رواية فلو كانت
دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر
سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب

الشريكان

الشريكان الشفعة فان القاضي يقضي بها نصفين
عندنا لكل واحد نصف واثلاثا عندهم لصاحب الثلث
ثلثان ولصاحب السدس ثلث لان الشفعة من
حقوق الملك لكونها لتكميل المنفعة فيتقدر بقدره
كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا ان التساوي في
سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق
والشركاء متساوون في سبب الشفعة ولهذا لو
انفرد واحد منهم اخذ الكل وان قل نصيبه فيستوون
في الاستحقاق كما لو استووا في الانصباء و[illegible] ونحوه
متولدات من الملك فيتقدر بقدره للخليط متعلق
بتثبت في نفس المبيع متعلق بالخليط وهو الشريك بك
الذي لم يقاسم ولو كان ذميا لمساواة المسلم في سببها
وهو اشتراك ونحوه وهما فيه سواء ثم للخليط اي
الشريك في حق المبيع كالشرب بكسر المعجمة وهو النصيب
من الماء ومنه قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم
معلوم والطريق اي وكالممر خاصين حال كشرب
نهر لا تجري فيه السفن دجلة تجري فيه سفينة وطريق بغ
لا ينفذ وقيل مفوض الى المجتهد في كل عصر ثم للجار
الملاصق بابه في سكة اخرى قيد به لانه لو كان
بابه في سكة الدار لكان خليطا في حق المبيع والحاصل
انها له وان كان بابه في سكة اخرى او للجار المقابل
في السكة الغير النافذة فعندنا الشفعة لكل واحد
من هذه الثلاثة على هذا الترتيب وهو قول
سفيان الثوري وعبد الله بن المبارك كما ذكر
الترمذي في جامعه وقال مالك والشافعي واحمد

لا شفعة للجار لما روى البخاري عن أبي سلمة عن جابر
ابن عبد الله قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق فلا شفعة وفي رواية الشفعة فيما لم
يقسم إلى آخره وفي لفظه إنما جعل النبي الشفعة
في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود الحديث ولأن الشفعة
تثبت على خلاف القياس لما فيها من تملك المال
بغير رضاه فيقتصر على مورد النص وهو ما لم يقسم
ولنا ما في البخاري عن أبي رافع أنه سمع النبي صلى
الله عليه وسلم يقول الجار أحق بسقبه وما روى
أبو داود في البيوع والترمذي في الأحكام وقال حسن
صحيح والنسائي في الشروط عن قتادة عن الحسن
عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال جار الدار
أحق بدار الجار أو الأرض ورواه أحمد في مسنده والطبراني
في معجمه وابن أبي شيبة في مصنفه وفي بعض ألفاظهم
الجار أحق بشفعة الدار وفي رواية لأبي داود في
سننه عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن
كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا فإن قيل المراد بما
رأيتم الجار الذي يكون شريكا لما أخرجه البخاري عن
عمرو بن الشريد قال وقفت على سعد بن أبي وقاص
فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي
إذ جاء أبو رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال يا سعد ابتع مني بيتي في دارك فقال سعد
والله ما أبتاعهما فقال المسور والله لتبتاعنهما

فقال

فقال سعد والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة
قال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار
أحق بسقبه ما أعطيتكها بأربعة آلاف درهم وأنا
أعطى بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه أجيب بأن هذا
معارض بما أخرجه النسائي وابن ماجه عن عمرو بن الشريد
عن أبيه أن رجلا قال يا رسول الله أرضي ليس فيها
لأحد شرك ولا قسم إلا الجوار فقال الجار أحق بسقبه
وفي غريب الحديث السقب بفتحتين ما قرب من
الدار والسين لغة في الصاد وأجيب عن حديث جابر
بأن تخصيص ما لم يقسم بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما
عداه وقوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا
شفعة من كلام الراوي فلا يكون حجة في عدم استحقاق ق
الشفعة للجار مع ما روينا من مرفوع الأخبار ولو سلم
أنه من كلام النبي عليه السلام فمعناه لا شفعة
بسبب القسمة دفعا لتوهم أن القسمة تثبت بها
الشفعة كالبيع لما فيهما من معنى التمليك من كل واحد
من الشريكين للآخر وفي معاني الآثار إن قيل لم أوجبتم
الشفعة على هذا الترتيب ولم تجعلها لهم جميعا
إذا حضروا وطلبوا قيل لأن الشريك في المبيع خليط
فيه وفي الطريق فقد جمع أسباب الشفعة شركة مع
الشريك في الطريق وسببا آخر ليس مع الشريك
في الطريق فكان أولى منه ومع الشريك في الطريق
شركة فيها وملازقة للمبيع ومع الجار ملازقة للمبيع
فقط فكان الشريك في الطريق أولى من الجار وفي شرح

مختصر القدوري ولو سلم الشريك في المبيع الشفعة
وجبت للشريك في الطريق فان سلمها وجبت للجار
وبطلبها اي بطلب الشفيع الشفعة لانها حق ضعيف
يبطل بالاعراض فلا بد فيه من الطلب بما يفهم منه طلب
الشفعة ولو كان ماضيا في الاصح كطلبت الشفعة
اذا طلبها او انا طالبها وهو اختيار الفقيه ابي جعفر
والفقيه ابي الليث والشيخ الامام ابي بكر محمد
ابن الفضل لان الاعتبار للمعنى وقال بعضهم يقول
اطلب الشفعة واخذها ولا يقول طلبتها واخذتها
فان قال ذلك بطلت شفعته لان ذلك كذب محض
قلنا يذكر للحال عرفا كبعت واشتريت في مجلس علمه
بالبيع يعلم بذلك لعدم اعراضه عنه وهذا عند ابي
حنيفة اذا اخبره رجلان او رجل وامرأتان او عدل
وعند ابي يوسف ومحمد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا كان او امرأة وهو نظير اختلافهم في عزل الوكيل
وقوله في مجلس علمه بالبيع رواية هشام عن محمد انه
يشترط الطلب في مجلس العلم ان طلب فيه صح وان
قام عنه قبله بطلت وبه اخذ الكرخي وفي ظاهر
الرواية كما علم بالبيع من غير مهلة واختارها العامة
سواء كان عنده احد او لم يكن لقوله عليه السلام
الشفعة كحل العقال رواه ابن ماجة في سننه عن
ابن عمر وهو اي طلب الشفيع في مجلس علمه طلب
مواثبة سمي به للدلالة على غاية التعجيل حتى كان
الشفيع يثب ويطلب روى عبد الرزاق في مصنفه
عن شريح انه قال انما الشفعة لمن واثبها ثم يشهد
الشفيع

الشفيع على طلبه قال القاضي خان اصدر منه طلب
المواثبة يحتاج الى طلب الاشهاد وانما سمي الثاني
طلب الاشهاد لا لان الاشهاد شرط بل ليمكنه اثبات
الطلب عند انكار الخصم وكيفيته هذا الطلب ان
ينهض من مجلس علمه ويشهد على طلبه او عند مشتر
لتعلق الحق به او عند ذي يد من بائع بان كان لم يسلم العقار
الى المشتري لانه له حينئذ يدا فكان خصما او عند مشتر
وان لم يكن ذا يد لان الملك له ويقول الشفيع ان
فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وكنت طلبت
الشفعة وانا الان اطلبها فاشهدوا على ذلك
فان اخر الشفيع اي احدهما اي احد هذين الطلبين
بطلت الشفعة اما الطلب الاولى فلان مجرد السكوت
فيه ساعة دليل الاعراض ودليل الشيء كصراحته
واما طلب الثاني فلان مدته مقدرة بالتمكن منه
نفيا للضرر عن المشتري ثم يطلب الشفيع عند
القاضي ويسمى طلب الخصومة وبتاخيره لا يبطل طلب
الشفعة عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف
وفي الهداية والكافي وعليه الفتوى وبتاخيره شهرا
من غير عذر مرض او حبس وفي نسخة وتاخيره شهرا
تبطل عند محمد وهو قول زفر واختيار الكرخي
وبه اي بقول محمد يفتى اليوم والمعنى ان تصحيح
صاحب الذخيرة والمغني وقاضي في جامعه الصغير اصح
من تصحيح عندهما فاذا طلب الشفيع عند القاضي
سال القاضي الخصم عن ملك الشفيع ما يشفع به
فان انكر الخصم انه مالكه كلف القاضي الشفيع باقامة

البينة علي ان ملكه وقال زفر وهو رواية عن ابي يوسف
لا يكلفه ذلك لان اليد دليل الملك فان عجز الشفيع
عن اقامة البينة استحلف القاضي الخصم عند ابي
يوسف انه ما يعلم ان الشفيع مالك لما يطلبه به
الشفعة وان اقر الخصم بملك الشفيع ما يشفع به
او نكل الخصم عن الحلف على انه لا يعلم على احد القولين
بانه اي الشفيع مالكه اي مالك لما يشفع به او برهن
الشفيع على ملكه لما يشفع ثبت ملكه لما يشفع به
وحينئذ سأله اي القاضي الخصم عن الشراء فان انكر
امر القاضي الشفيع باقامة البينة فان عجز الشفيع
عن البينة استحلف الخصم ان كان المشتري بالله ما
اشتريت هذه الدار وان كان البايع بالله ما بعت
هذه الدار وان اقر الخصم به اي بالشراء او نكل عن
الحلف او برهن الشفيع على الشراء قضي القاضي لها
اي للشفيع بها اي بالشفعة لثبوتها وينبغي
للقاضي قبل سؤال الخصم ان يسال الشفيع عن موضع
الدار من مصرها ومحلتها وحدودها لانه ادعى حقا
منها فصار كما لو ادعى ملك رقبتها فاذا بين ساله
اهل قبض المشتري الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها
لا يصح دعواه على المشتري حتى يحضر البايع فاذا بين
ساله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع به
لان الناس يختلفون فيه فلعل دعواه بسبب غير
صالح او لعله محجوب بغيره فاذا بين سببا صالحا
وانه محجوب بغيره ساله متى علم وكيف صنع حين
علم لان الشفعة تبطل بطول الزمان وبالا

وعايذل فاذا بين ساله عن طلب الاشهاد كيف كان وعند
من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده اقرب من غيره فاذا
بين ولم يخل لشي من الشروط تمت دعواه فيسال الخصم
حينئذ كما مر فلزمه اي اذا قضي القاضي بالشفعة
لزم الشفيع احضار الثمن من غير مهلة وحبس المشتري
الدار له اي لاجل الثمن حتى يدفعه الشفيع اليه
ولا يسمع القاضي البينة على البايع لو يسلم العقار الي
المشتري حتى يحضر المشتري فيفسخ القاضي البيع
بحضوره ويقضي بالشفعة لان الملك للمشتري واليد
للبايع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما
قيد بالبايع لان المشتري الذي سلم البايع اليه
العقار اذا خاصمه الشفيع لا يشترط في سماع البينة
عليه حضور البايع لان حكم العقد في حق البايع
قد انتهي بالتسليم الي المشتري وصار البايع كاجنبي
اخر وقيد بالبايع بكونه لم يسلم العقار الي المشتري
لان الذي سلمه اليه لا يسمع القاضي البينة عليه اصلا
ولا يكون خصما للشفيع وفي قوله فيفسخ بحضوره
اشارة الي علة اخري وهي ان البيع اذا كان يفسخ
في حق المشتري فلا بد من حضوره ليقضي بالفسخ
عليه والعهدة اي ويقضي بعهده الحقوق فيما اخذه
الشفيع بمخاصمة البايع على البايع فعليه التسليم
وضمان الثمن عند الدرك وقال الشافعي العهدة
على المشتري سواء اخذها من البايع او المشتري
لان حقوق العقد عنده ترجع الي الملك وللشفيع
اذا قضي القاضي له بالشفعة ولم يكن راي المبيع

خيار الرؤية وله اذا وجد به عيبًا خيارا **لعيب** فيرد
ان شاء **وان شرط المشتري للبايع البراة** من العيب
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الاخرى انه من
خيار الرؤية برؤية المشتري ولا ما له من خيار العيب
بشرط المشتري للبايع البراءة منه لانه لا يملك اسقاط
حق الشفيع **والقول للمشتري** اذا اختلف مع الشفيع
في الثمن لان الشفيع يدعي استحقاق العقار عليه
عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
وبينة الشفيع اذا اقام كل منهما بينة على صحة
قوله احق من **بينته** اي المشتري وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف بينة المشتري احق لانها اكثر
اثباتا فصار كبينة البايع اذا اختلف مع المشتري
في قدر الثمن ولهما انه لا تنافي بين البينتين في حق
الشفيع لاحتمال انه اشترى مرة بالاقل ومرة بالاكثر
وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء **ولو ادعى المشتري ثمنا
وادعى بايعه ثمنا اقل منه اخذ** الشفيع العقار **بقوله**
اي بقول البايع **قبل القبض** اي قبض البايع الثمن لان
الثمن ان كان كثمن قال البايع فظاهر وان كان كما
قال المشتري فقد حط البايع من الثمن والحط عن
المشتري حط عن الشفيع فقد ما ادعاه البايع بكونه
اقل مما قال المشتري لانه لو كان اكثر تخالفا وترادا او ايهما
نكل ظهر ان الثمن ما يقول الاخر فيا خذها الشفيع
بذلك لان النكول بمنزلة الاقرار بما يدعيه صاحبه
وان حلفا انفسخ العقد بينهما واخذها
الشفيع بما قال البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان

حق الشفيع كما لو رد عليه بعيب بقضا قاض اخذ
الشفيع العقار **بقول المشتري بعده** اي بعد
قبض البايع الثمن **واخذ الشفيع في حط بعض الثمن**
سواء كان الحط قبل اخذ الشفيع او بعده **او في
زيادة** اي زيادة المشتري الثمن **باقلهما** متعلق
باخذ وانما اخذ فيهما بالاقل لان الحط من الثمن
والزيادة فيه يلتحقان عندنا باصل العقد الا ان
الزيادة لا تظهر في حق الشفيع لتضرره بها وتظهر
في حق المشتري بولايته على نفسه **واخذ الشفيع
في حط الكل بالكل** لان حط الكل لا يلتحق باصل
العقد اذ لو التحق به لكان هبة او بيعا بلا ثمن
وهو فاسد ولا شفعة فيهما **واخذ الشفيع في الشراء
بثمن شي** كيلي او وزني او عددي متفاوت **بمثله**
الباء الاولى متعلقة بالشرا والثانية باخذ
المقدر **واخذ الشفيع في الشراء بثمن غيره** اي غير
المثلي **بقيمة الثمن** لان الشرع جعل للشفيع ولاية
التملك على المشتري بمثل ما تملك به والمثل نوعان
كامل وهو صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى
والمثلي من النوع الاول وغيره من النوع الثاني
فيراعى في اخذ الشفعة ذلك كما في الاتلاف
وفي شرا عقار بعقار اخذ كل من العقارين بالشفعة
بقيمة الاخر لان كل منهما ثمن للاخر وهو من ذوات
القيم **وفي ثمن و** اخذ الشفيع في بيع عقار **بثمن
مؤجل بحال** كل من الجارين متعلق باخذ المقدر
او طلب الشفعة عطف على اخذ المقدر **في الحال**

بتخفيف اللام بمعنى الوقت واخذ بعد الاجل الذي
وقع العقد عليه حتى لو لم يطلب شفعته وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف اخرا
واخذ الشفيع في بنا المشتري وغرسه بالثمن وقيمتهما
اي البنا والغرس مقلوعين او كلف المشتري قلعهما
وعند ابي يوسف لا يكلفه ولكنه ان شا اخذ
بالثمن وقيمة البنا والغرس مقلوعين وان شا
تركه ولهبة شفعة الا في بيع اي سيبيع او في هبة
بعوض مصاحبة بعوض فلا شفعة في دار تزوج
الرجل عليها او خالع المراة بها او استاجر بها دارا
او غيرها او صالح بها عن دم عمدا واعتق عليها
عبدا وقال الشافعي يجب فيها الشفعة لان كل منها
عقد معاوضة فيثبت الشفعة في العقار المملوك
بسببه كالبيع ولنا انها تملكات بسبب لا يثبت فيها
خيار الشرط فلا يجب فيها الشفعة كالتملك بالهبة
المحضة والوصية والميراث ولا في شجر عطف
على ما قبله بالمعنى اي ولا شفعة في نكاح ولا خلع الى اخر
العقود التي ليست ببيع ولا هبة بعوض ولا في ثمر
بالمثلثة بيعا اي الشجر والثمر قصدا اي بدون
ارض فانهما لو بيعهما كان الشفعة تبعا لها وكذا لا
شفعة في بنا بيع قصدا وفيه الشفعة لو بيع
مع الارض لان هذه الاشيا نقلية ولا شفعة في نقلي
لان الشفعة انما وجبت في العقار لدفع ضرر سوء
الجوار على الدوام والملك في النقلي لا يدوم مثل دوامه
في العقار كما اشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم

بيعا مع

اللهم

اللهم اني اعوذ بك من جار السوء في دار الاقامة فان
جار البادية يتحول ولا شفعة في البيع بسبب البيع
بخيار للبايع لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه
الا بعد سقوطه اي سقوط الخيار بان اسقطه البايع
لان البايع من خروج المبيع عن ملكه قد زال فصار
البيع كانه وقع لازما من الاصل قيدنا الخيار بكونه
للبايع كما هو الظاهر من البيع بخيار لان خياره
المشتري يوجب الشفعة اما عند ابي يوسف
ومحمد فلان المشتري صار مالكا واما عند ابي حنيفة
فلخروج المبيع عن ملك البايع وحق الشفعة
يعتمد انقطاع حق البايع لا ثبوت الملك للمشتري
حتى لو اقر البايع بالبيع وانكر المشتري يجب
الشفعة ولا شفعة في البيع اي في عقار البيع
الفاسد اما قبل قبض المبيع فلعدم زوال الملك
البايع عنه واما بعد قبضه فلاحتماله للفسخ
لان كل واحد من المتعاقدين بسبيل من فسخه
ان فسخه حق الشرع وفي اثبات الشفعة
اسقاط حق فسخه وفي اسقاط حق فسخه
تقرير فساده الا بعد سقوطه بان باعه المشتري
من اخر فان فيه الشفعة لان امتناع حق الشفعة
انما كان لثبوت حق الفسخ وقد سقط فصار
كما لو كان في البيع خيار البايع فاسقطه ولا شفعة
في رد اي بسبب رد عقار بخيار سوا كان خيار
رؤية او شرط او عيب الا في رد بسبب خيار
عيب بلا قضا فان الشفعة تثبت فيه خلافا

لزفر ولا شفعة لمن باع سواء كان وكيلا او اصيلا لان
اخذه بالشفعة سعي في نقض ما تم به وهو الملك
للمشتري وسعي الانسان في نقض ما تم به مردود
او بيع له اي ولا شفعة لمن بيع لاجله وهو الموكل
بالبيع لان تمام البيع به اذ لو لا توكيله البيع لان
في ضمانه تقريرا للبيع فكان البايع بل الشفعة لمن
اي الشفيع شري او شري له واجاز لان الشفعة
تبطل باظهار الشفيع الرغبة عن المشفوع ولا يبطل
باظهار الرغبة فيه وفي الشرا اظهار الرغبة فيه
فلا يكون ابطالا للشفعة وفي البيع اظهار الرغبة
عنه فيكون ابطالا لها وفايدة ذلك انه لو كان المشتري
والوكيل بالشراء شريكا في الدار ولها شريك اخر فلكل
منهما شفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا شفعة
للجار ويبطلها اي الشفعة تسليمها بعد البيع لان الشفيع
اسقط حقه بعد تقرره بسببه لا قبله اي لا يبطل
الشفعة تسليمها قبل البيع لانه اسقطها قبل وجود
سببها ان كان سببها البيع وقبل وجود شرطها ان كان
سببها اتصال الاملاك والبيع شرطها وهو الصحيح
ويبطلها الصلح اي صلح الشفيع عن شفعته على
عوض مع بطلانه اي بطلان الصلح لانه اسقطها باختيارها
فيرد العوض لانه اخذه بغير استحقاق لان المال لا يستحق
الا مقابلة ملك وحق الشفعة ليس بملك بل حق
تملك فلا يصح الاعتياض عنه ويبطلها موت الشفيع بعد
البيع قبل القضا بالشفعة ولا ينتقل حق الاخذ
بالشفعة الى وارثه وقال مالك والشافعي ينتقل

[illegible]

لانه

لانه حق ثبت لازالة الضرر عن المال فكان موروثا ولنا
ان حق الشفعة حق تملك وهو وصف قايم بالشفيع
فلا ينتقل الى وارثه بعد موته ثم بعد ما يقبل القضاء
بالشفعة لان موت الشفيع لو كان بعد القضا قبل
نقد الثمن وقبض المبيع لا يبطل شفعته والمبيع
لازم لوارثه لا المشتري اي لا يبطل الشفعة موت
المشتري لان المستحق باق ولموت المستحق عليه
لم يتغير الاستحقاق بخلاف موت المستحق وهو الشفيع
لان السبب الذي يأخذ به وهو ملكه زال بموته والثابت
للوارث جوار او شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق
به الشفعة ويبطلها بيع الشفيع ما يشفع به بلا اخيار
للبايع قبل القضا له بالشفعة لان الاستحقاق بالجوار
او بالشركة وقد زال قبل التملك فيبطل بعد خيار
البايع لان الشفيع لو باع ما يشفع به على انه بالخيار لا يبطل
شفعته لان ملكه لم يزل فوجد سبب الشفعة وهو
الاتصال بملكه وشفع اي اخذ الشفيع بالشفعة
حصة احد المشتريين من بايع واحد لان هذا الاخذ ليس
فيه ضرر التفريق لقيام الشفيع مقام المأخوذ حصته
والصحيح ان لا فرق بين قبل القبض وبعده لا احد البايعين
اي ولا يأخذ الشفيع حصة احد البايعين من مشتر
واحد بل اما ان يأخذ المشفوع كله او يتركه كله لان في
اخذ حصة احد الباعة اضرارا بالمشتري بتفريق
الصفقة عليه فان سلم اي اذا اخبر الشفيع بان
المشتري زيد فسلم شراء زيد فظهر شراء غيره او بلغه
ان الثمن الف فسلم الشرا بالف فظهر انه باقل او بحلي قيمته

الف أو أكثر لا تسقط الشفعة اما اذا ظهر ان المشتري
غير زيد فلتفاوت الناس في الجوار والشركة واما
اذا ظهر ان الثمن اقل او انه مثلي فلانه تسليمه
في كثرة الثمن لا يدل على تسليمه في قلته وتسليمه
في احد الجنسين لا يكون تسليما في الاخر اذ ربما
يتعذر عليه ما سلم فيه ويسهل عليه الاخر
لا ان ظهر ان الشراء بقيمي قيمته الف او اكثر فان
شفعته تسقط لانه انما ياخذ القيمي بقيمته دراهم
او دنانير ولو بلغه ان المشتري زيد فظهر انه زيد
وعمرو فله ان ياخذ نصيب عمرو لان التسليم لم
يوجد في حقه ولو باع منها الا ذراعا من جانب
الشفيع بطول الحد الذي يليه امتنعت الشفعة
لانقطاع الجوار وهذه حيلة لاسقاط الشفعة
وان ابتاع منها سهما ثم ابتاع بقيتها يجب الشفعة
في السهم الاول فقط لان الشفيع جار الا ان المشتري
في الثاني شريك لانه حين اشترى الباقي كان
شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفيع الجزء
الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل
الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار
وان ابتاعها بثمن غال ثم دفع ثوبا عن الثمن
يوخذ بالثمن لا بالثوب لانه عقد اخر والثمن
هو العوض عن الدار وهذه حيلة لتقليل الرغبة
في الشفعة وهي تعم الجوار والشركة كتاب القسمة
هي لغة اسم للاقتسام وشرعا تمييز الحق الشائع
وجوازها بالكتاب والسنة واجماع الامة اما

الكتاب

الكتاب تلويحا فقوله تعالى نحن قسمنا بينهم معيشتهم
وتصريحا فقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان
لله خمسه الاية ولا يعلم الخمس من الاربعة اخماس
الا بالقسمة وقوله سبحانه ونبئهم ان الماء قسمة
بينهم الاية ولها شرب ولكم شرب يوم معلوم والمهايأة
في الشرب قسمة فيه واما السنة فلانه صلى الله
عليه وسلم قسم غنائم خيبر وغنائم اوطاس وغنائم بم
بني المصطلق بين اهلها وروى ابو داود والترمذي
وابن ماجه عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن
جابر بن عبد الله ان امراة سعد بن الربيع قالت
يا رسول الله ان سعدا هلك وترك ابنتين
واخاه فعمد اخوه فقبض ما ترك سعد وانما تنكح
النساء على اموالهن فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم ادع الي اخاه فجاء فقال ادفع الى
ابنتيه الثلثين والى امراته الثمن ولك ما بقي
واما الاجماع فلتوارث الامة القسمة من غير نكير
احد من الايمة ثم سببها طلب احد الشركاء الانتفاع ع
بنصيبه بالخصوص على الخلوص وتشتمل على
الافراز والمبادلة في المثليات والقيميات لان ما
يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه
فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب
صاحبه فكانت مبادلة وافرازا وغلب على المبادلة
فيها الافراز اي تعين حقه في المثلي وهو المكيلي
والوزني والعددي المتقارب لعدم التفاوت
بين ابعاضه فكل هذه الامور لان ما ياخذه الشريك

مثل حصته صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه كما في
القرض وقضاء الدين وغلب فيها المبادلة في غير المثلي
وهو الثياب والحيوان والعقار لوجود التفاوت بين
ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه فيأخذ كل
من الشركا حصته بغيبة صاحبه يعني شريكه وفي
بعض النسخ بغيبة الاخر ثمة اي في المثلي وهو بفتح
المثلثة اسم اشارة للمكان ولو كانت القسمة فيه مبادلة
لم يوخذ لعدم العلم برضا صاحبه لان رضا العاقدين
شرط في المبادلة لا هنا اي لا ياخذ احد من الشركا
في غير المثلي حصته بغيبة صاحبه ولو كانت القسمة
فيه افرازا لكان له ذلك وندب نصب قاسم بين الناس
يرزق من بيت المال ليقسم بينهم بلا اجر لان
منفعتها تعود الى العامة فيكون كفايته من بيت
المال كنفقة القضاة والمقاتلة والمفتين وان نصب
قاسم باجر على المتقاسمين لان النفع لهم والاول
ارفق بالناس وابعد عن التهمة وهو اي الاجر اذا
نصب قاسم باجر على عدد الروس عند ابي حنيفة
وعلى قدر الانصباء عند ابي يوسف ومحمد والشافعي
وهو رواية عن ابي حنيفة لانه مؤنة الملك فيتقدر
بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشتركة
ونفقة المملوك المشترك وهذا لان منفعة نصيب
صاحب الكثير اكثر من منفعة صاحب القليل
والغرم بالغنم ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز
وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى
القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق

الحكم

الحكم باصل التمييز واجرة حفر البير [illegible] كذلك الكري عليهم
مقابلة بنقل التراب ونفقة المملوك لابقا الملك وحاجة
صاحب الكثير الى ذلك اكثر من حاجة صاحب القليل
واما اجرة الكيال والوزان فقال بعض المشايخ هو على
الخلاف ان كان الكيل والوزن للقسمة لان الكيال
والوزان بمنزلة القاسم وان لم يكن لها بان اشتريا
مكيلا او موزونا مجازفة اثلاثا او ارباعا وامرا انسانا
يكيله ليصير الكل معلوم القدر فالاجر بقدر الانصبا
لان الاجر في الكيل والوزن للعمل وهو لصاحب
الكثير اكثر ويجب كونه اي القاسم عدلا دينا امينا
عالما بها اي بالقسمة لانه يعتمد على قوله وذا
بالعدالة والامانة ولا بد من قدرته على القسمة
وهي العلم بها ولا يتعين قاسم واحد اذا كان الاجر على
المتقاسمين لانه يحكم بالزيادة على اجر مثله فيتضرر
به الناس ولا يشترك القسام لئلا يتواضعوا على مغالاة
الاجر فيحصل الاصرار بالناس بخلاف ما اذا لم يشتركوا
فان كل قاسم يسارع حينئذ الى الاجر اليسير حذرا
من الفوت فيرخص الاجر وقسم بطلب من هو جبرا على
الابي ان انتفع كل منهم بحصته لان في القسمة
تكميل المنفعة فكانت حقا لازما فيما يقبلها بعد
طلب احدهم وقسم بطلب ذي الكثير فقط ان لم ينتفع
الاخر اي ذو القليل لقلة حصته كذا ذكر الخصاف
ووجهه لان صاحب الكثير منتفع بنصيبه فاعتبر
طلبه وصاحب القليل غير منتفع بنصيبه
فلم يعتبر طلبه وتوضيحه ان الاول يطلب من القاضي

ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه
وهذا طلب انصاف لا تعنت فعلى القاضي ان يجيبه
الى ذلك ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع
بملك شريكه وله ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما
الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب
المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلته لا
لمعنى من جانب صاحب الكثير ثم العكس والاطلاق
روايتان والاصح هو الاول كما في المبسوط وغيره ولم يقسم
المشترك بينه بين المشتركين الا بطلبهم كلهم ان تضرر كل
اي كل واحد منهم للقلة اي لقلة حصته لان الجبر
على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذه القسمة
تفوتها وانما جازت لطلبهم لان الحق لهم وهم اعرف
لشانهم وفي شرح الكنز لكن القاضي لا يباشر ذلك
وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ضررا
واضاعة مال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان
القاضي لا يمنع من اقدم على اتلاف ماله ولا يقسم الجنسان
من العروض ولا الرقيق ولا الجواهر ولا الحمام وفي معناه
البير والرحى الا برضاهم اما الجنسان فلانه لا اختلاط
بينهما فلا يقع القسمة فيهما تمييزا بل معاوضة وسبيلها
التراضي دون جبر القاضي واما الرقيق فقال ابو
يوسف ومحمد ومالك والشافعي يقسم لاتحاد الجنس
وكون التفاوت في القيمة وهو لا يمنع صحة القسمة
كما في الابل والغنم ولذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين
الغانمين كساير الاموال ولابي حنيفة ان التفاوت
في الرقيق اظهر منه في الاجناس المختلفة فانها قد يتفاوت

في

في المالية والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة
الجبر لا يجري في الاجناس المختلفة فكذا في الرقيق وهذا
لان حق الغانمين في المالية دون العين حتى كان للامام
بيعها وقسمة ثمنها بينهم فكان المعتبر ايصال مقدار
من المالية الى كل واحد واما شركة الملك فحق الشركاء
في العين والمالية وللامام حق التمييز بالقسمة على
طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا تعذر
اعتبار المعادلة ههنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضي
ولاية الاجبار على القسمة واما الجواهر فلان جهالة
الجواهر فاحشة كما في الرقيق واما الحمام ونحوها
من البير والرحى والحايط بين دارين فلان القسمة
لتكميل المنفعة واذا لم يبق كل نصيب منتفعا به
بعد القسمة انتفاعا مقصودا لا يتحقق معنى القسمة
فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لا لتراضيهم الضرر
ودور سواء كانت في مصر او مصرين وهو مبتدا
مشتركة بفتح الراء صفته او دار وضيعة او دار وحانوت
عطف والخبر قسم كل اي كل واحدة وحدها ولم يجمع
نصيب احدهم في احدها اما الدار والضيعة والدار
والحانوت فبالاتفاق لاختلاف الجنس واما الدور فما
ذكر قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقسم
الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت
القسمة خيرا لهم وصحت القسمة الدور المشتركة
وما ذكر معها بالتراضي على جمع نصيب احد الشركا
في احدها لان في القسمة معنى المبادلة فيصح بالتراضي
كساير المعاوضات الا عند صغر احدهم في احدها لان

فلا يصح الا بامر القاضي لان تصرف الصغير لا ينفذ ولا
ولاية لهم عليه وقسم نقلي اي منقول في ايديهم وتسلم
يدعون في ايديهم يدعون ارثه بينهم لان في القسمة
نظرا لاحتياجه الى الحفظ ولانه مضمون على من
وقع في يده وقسم عقار في ايديهم يدعون شراءه في
ظاهر الرواية او ملكه مطلقا بان لم يذكروا كيفية
انتقاله اليهم في الاصح لان القضاء بالقسمة فيه
تقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذا لم يقروا ان
اصل الملك لغيرهم فان ادعوا ارثه اي العقار الذي
في ايديهم عن زيد مثلا بان ذكروا مورثهم وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يقسم القاضي العقار بينهم باقرارهم
ويكتب ذلك في صك القسمة لانه في ايديهم واليد
دليل الملك وقد اخبروا بالارث من ابيهم والاصل
في الاخبار المسلم الصدق ولا منازع لهم فيما اخبروا
فيثبت المخبر به فاذا سالوا القاضي ان يقسم بينهم
ملكهم فعليه ان يجيبهم الى ذلك تمكينا لكل واحد
منهم من الانتفاع بنصيبه كما في المنقول الموروث
والعقار المشترى والبينة انما يكون على المنكر
ولا منكر هنا ولا منازع لهم فلا يفيد البينة ولكن
يذكر القاضي في كتاب القسمة انها وقعت منه
باعترافهم ليتذكر بالنظر فيه ان حكم القسمة مقتصر
عليهم غير متعد الى غيرهم حتى لا يكون ذلك قضاء
على شريك اخر لهم ولا على مالك لها ولابي حنيفة
ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي
وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد من اقامة البينة

لتثبت

لا اي لا يقسم القاضي العقار الذي ادعوا ارثه حتى يبرهنوا اي يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عج

لتثبت بها القضاء على الميت ويصير بعضهم مدعيا
وبعض الاخر خصما له عن الميت ولا يقسم العقار
ان برهنوا انه معهم اي في ايديهم حتى يبرهنوا
انه لهم اي ملكهم لاحتمال ان يكون في ايديهم وهو
ملك لغيرهم ولا يقسم العقار باقرار الحاضرين
ان كان جميعه او شيء منه مع الوارث الطفل
او مع الغائب لان في هذه القسمة قضاء على الغائب
او الصغير باخراج شيء مما في يده من غير خصم حاضر
عنه ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها
في الصحيح ولو كان الحاضر كبيرا او صغيرا نصب القاضي
عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة لان
للقاضي ولاية نصب الوصي عن الصغير ووصي الصغير
قائم مقامه فكان الصغير بالغ حاضر وكيفية القسمة
ان يصور القاسم ما يقسم على قرطاس ليمكنه
حفظه ويعدله اي يسويه على السهام بان ينظر
الى اقل السهام فيجزيه عليه حتى ان كان لاقل ثلثا
جعله اثلاثا وان كان سدسا جعله اسداسا
ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء اذ ربما يحتاج
اليه ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه حتى لا يكون
لنصيب احدهم تعلق بنصيب الاخر ويلقب
الانصبا بالاول والذي يليه بالثاني والذي يليه
بالثالث وعلى هذا ثم يكتب اسامي الشركاء في بطاقة
ويطوي كل بطاقة ويجعلها في قطعة من طين يلد
يدلكها بين كفيه حتى يصير مستديرا كالبندقة
ثم يقرع فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج

اسمه ثانيا نائله السهم الثاني ولا تدخل القاسم الدراهم
التي ليست من التركة في القسمة لان القسمة من حقوق
الشركة ولا شركة في الدراهم ولان الجنبين المشتركين
لا يقتسمان فكيف بغير المشتركين الا برضاهم لما في
القسمة من معنى المبادلة فيجوز دخول الدراهم فيها
بالتراضي دون جبر القاضي وصورته دار بين جماعة
ارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بنا واراد
بعض الشركاء ان يكون عوض البنا دراهم واراد الاخر
ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوضه منها
ولا يكلف الذي يقع البنا في نصيبه ان يرد بازائه
دراهم الا اذا تعذر فحينئذ له ذلك لطلبهم ه
القسمة منهم وعدم امكانها بدون الدراهم واختار
محمد قسمة السفل او العلو او السفل والعلو المجردين
بالقيمة وبه يفتي يقوم كل واحد على حدة
ويقسم بالقيمة لانهما صارا كالجنسين فلا يمكن
التعديل الا بالقيمة وفي رواية عن ابي حنيفة
انه يجعل السفلي ضعف العلو لما شاهد من عادة
اهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو ويسوي
ابو يوسف بينهما فيجعل ذراعا في منفعة السكنى
قلنا ان في بعض البلدان يكون قيمة العلو اكثر من
قيمة السفل كما بمكة ومصر وفي بعضها يكون بالعكس
كما في الكوفة وفي كل موضع يكثر فيه الندا يختار العلو
على السفل وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح
يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك باختلاف
الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة الا بالقيمة وان

وقع

وقع في القسمة مسيل قسم بكسر فتكون اي نصيبا وطريقه
في قسم اخر لم يشترط في القسمة صرف عنه ان امكن صرفه
لامكان تحقيق معنى القسمة وهو قطع المشتركة وتكميل
المنفعة من غير المضرة والا اي وان لم يمكن صرفه
عنه فسخت القسمة واستونفت على وجه يمكن
لكل واحد ان يجعل لنفسه مسيلا وطريقا لانها
وقعت مختلة لبقاء الاختلاط وعدم حصول
المقصود بها وان اقر احدهم بالاستيفا اي بانه استوفى
في حصته ثم ادعى ان بعض حصته وقع في يد صاحبه
غلطا صدق في دعواه لكن بالحجة لان القسمة بعد
تمامها عقد لازم فمدعي الغلط فيها يدعي لنفسه حق
فسخها بعد ما ظهر سبب لزومها فلا يقبل قوله
الا بالبينة فان لم يكن له بينة يستحلف الشركا
لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروا احلفوا عليه
رجا النكول منهم فمن حلف منهم لم يكن عليه سبيل
ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي ويقسم ذلك
بينهما على قدر نصيبهما لان الناكل كالمقر واقرار المقر
حجة عليه دون غيره وشهادة قاسمين الذين توليا
القسمة على احد المقسوم عليهم انه استوفى نصيبه
حجة اي مقبولة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يقبل وهو قول مالك والشافعي وابي
يوسف اولا وسواء في ذلك قاسما القاضي وغيرهما
وفسخت القسمة ان استحق بعض مشاع في الكل
اي كل الانصبا لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق
ملكه في الانصبا لا بعض اي لا يفسخ القسمة ان

استحق بعض شايع من حصة احدهما بل يرجع بقسمة
في نصيب شريكه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف يفسخ القسمة وذكر ابو سليمان قول محمد مع
ابي يوسف وذكره ابو حفص مع ابي حنيفة وهو
الاصح واما استحقاق بعض معين فلا خلاف في عدم
الفسخ وصحت المهاياة اي قسمة المنافع وهي مفاعلة
بابدال الهمزة الفا من التهيئة او التهيي كان احدهما
يهيي الدار مثلا لانتفاع صاحبه او يتهيا للانتفاع
بها اذا فرغ صاحبه وهي جايزة لما روي انه عليه
السلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة
نفر وكانوا يتناوبون في الركوب والتهايو على
وجوه بها يسكن هذا بعضا من دار وهذا بعضا
منها وهو جايز باتفاق لان القسمة على الوجه جايزة
فكذا التهايو عليه وتهايو في خدمة عبد هذا يوم
وهذا يوم كيسكني بيت صغير هذا يوما وهذا يوما
وهو جايز باتفاق ايضا لان التهايو قد يكون من حيث
الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين
هنا وتهايو في عبدين هذا اي يخدم هذا العبد لهذا
العبد والاخر اي والعبد الاخر له العبد الاخر وهو
جايز عند ابي يوسف ومحمد لان القسمة على هذا الوجه
جايزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهياة وقيل
لا يصح عند ابي حنيفة وهو مروي عنه لان الرقيق
لا يجري فيه جبر القاضي على القسمة عنده والاصح
انها تصح عنده من القاضي لان منافع الرقيق من حيث
الخدمة فلا يتفاوت بخلاف اعيان الرقيق فانها

يتفاوت

يتفاوت تفاوتا فاحشا ولو طلب احدهما القسمة والاخر
المهاياة تقسم واعلم ان التهايو قد يكون في الدار الواحدة
والدارين وفي العبد الواحد والعبدين وفي الدابة الواحدة
والدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال
فان كان في غلة دار او دارين او خدمة عبدا و عبدين
او سكنى دار او دارين يصح اتفاقا وان كان في غلة عبد
او غلة بغل لا يصح اتفاقا وان كان في غلة عبدين
او غلة بغلين او ركوب بغل او بغلين فلا يصح عند
ابي حنيفة خلافا لهما قال ابو المكارم فهذه ثنتا
عشرة مسالة في ست منها يصح المهاياة اتفاقا وفي
ثنتين لا يصح اتفاقا وفي اربعة خلاف انتهى وكذا لا يصح
المهاياة في ثمر شجر او لبن غنم على ان ياخذ كل واحد منهم
طايفة يستثمرها وطايفة يرعاها وينتفع بالبانها
لانها تختص بالمنافع دون الاعيان فالضرورة يتحقق
في المنافع لانه لا يمكن قسمتها بعد وجودها لسرعة
فنايها فانتفعنا بها وهذه اعيان باقية يمكن قسمتها
فلم يتحقق الضرورة والحيلة ان يبيع حصته من الاخر
ثم يشتري كلها بعد مجي نوبته او ينتفع باللبن بوزن
معلوم استقراضا لنصيب صاحبه نعم هو قرض
المشاع لكنه جايز كتاب الهبة هي لغة مصدر
محذوف الاول معوض عنه تاء التانيث واصله وهب
كالعدة والوعدة ومعناها ايصال ما ينفع ما لا كان
او غيره قال تعالى وهب لنا من لدنك رحمة هب لي
من لدنك وليا وشرعا تمليك عين مخرج الاعارة والاجارة
لانها تمليك منفعة بلا عوض مخرج البيع لانه تمليك

رة

عين بعوض ودليل مشروعيتها قوله تعالى فان طبن لكم
عن شي منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا حيث اباح الاكل
بالوصف الحميد وما رواه البخاري في صحيحه من حديث
ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لو دعيت
الى ذراع او كراع لاجبت ولو اهدي الي ذراع او كراع لقبلت
وذراع اليد معروف والكراع بالضم مستدق الساق
من البقر والغنم وما روى مالك في الموطا مرسلا عن
عطا بن عبد الله الخراساني قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم تصافحوا يذهب الغل وتهادوا
تحابوا وتذهب الشحناء والغل بالكسر الغش والحقد
والحقد والشحنا العداوة وتصح الهبة بوهبته ونحلته
ونحوهما من اعطيته واطعمتك هذا الطعام واعمرتك
هذا الشي وحملتك عمري وذلك لان النحل والعطية
يستعملان للتمليك بغير عوض قال عليه السلام اكل
ولدك نحلته مثل هذا قال لا فقال عليه السلام فارجعه
رواه الستة عن النعمان بن بشير وروى الجماعة الا البخاري
من اعمر رجلا عمري له ولعقبه فقد قطع قوله حقه منها
وهي لمن اعمر ولعقبه وتتم بالقبض في مجلسها ولو بلا
اذن استحسانا وبالقبض بعده اي بعد مجلسها وقال
مالك يثبت الملك قبل القبض بمجرد الايجاب والقبول
وبه قال ابو ثور والشافعي في القديم وعلى هذا الخلاف
الصدقة ولنا وهو قول الشافعي في الجديد واكثر الفقها
ما روى مالك في الموطا في كتاب القضا عن ابن شهاب
عن عروة عن عايشة انها قالت ان ابا بكر كان نحلها
جداد عشرين وسقا بالعالية فلما حضرته الوفاة قال

مامن

ما من الناس احد احب الي غنى بعدي منك ولا اعز علي
فقرا منك واني كنت نحلتك جداد عشرين
وسقا فلو كنت جددتيه كان لك فانما هو اليوم مال
وارث وانما هما اخواك واختاك فاقتسموه على كتاب
الله وفي رواية يا بنية اني كنت نحلتك نخلا من
خيبر واني اخاف ان اكون اثرتك بجدادها لم ترديها
والجداد بضم الجيم وبكسر وبمعجمتين ما انقطع من الشي
وما روى عبد الرزاق في مصنفه عن عمر بن الخطاب
انه قال لا نحل الا لمن حازه فقبضه وعن عمر بن عبد
العزيز انه كتب ايما رجل نحل من قد بلغ الحوز فلم يرفعه
اليه فتلك النحلة باطلة واما ما في الهداية لقوله
عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة فغير معروف
وتصح الهبة في مشاع يقسم اي يحتمل القسمة سوا
وهبه من شريكه او من غيره قيد به لان المشاع الذي
لا يحتمل القسمة تصح هبته مثل كل شي يضره والحمام
الصغير والثوب التبعيض ويوجب نقصانا في ماليته
لا يحتمل القسمة كعبد واحد ودابة واحدة والبيت
الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير وما ليس
كذلك يحتملها وقال مالك والشافعي واحمد يصح
هبة المشاع سوا احتمل القسمة او لا لقوله تعالى
فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفو الذي
بيده عقدة النكاح فانه يقتضي بعمومه ان الصداق
اذا كان عينا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ويندب
كل واحد من الزوجين الى ترك الكل للاخر وذلك هبة
المشاع ولما في صحيح البخاري من ان وفد هوازن لما جاوا

ويطلبون من النبي صلى الله عليه وسلم ان يرد عليهم
ما غنمه منهم قال عليه السلام ما كان لي ولبني عبد
المطلب فهو لكم وهذه هبة مشاع واجيب عن الاية
بان العفو حقيقة في الدين دون العين واسقاط
الدين جايز مشاعا كان او غير مشاع لانه غير محتاج
الى القبض وفي العين كل واحد منهما مندوب الى
العفو عندنا ولكن بان يهب نصيبه لصاحبه
بعد القسمة وليس في الاية ما يمنع ذلك وعن جويبر
وقد تواترت بان ذلك كان بعد القسمة واعتمادنا
في المسالة على اجماع الخلفا الراشدين فقد روينا
عن ابي بكر ما مر انفا وعن عمر انه قال ما بال احدكم
يتصدق على ولده بصدقة لا يحوزها ولا يقسمها يقول
ان انا مت كان له وان مات هو رجعت الي وايم الله
لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحوزها
ولم يقسمها ثم مات الا صارت ارثا لورثته وهكذا نقل
عن عثمان وعن علي ابن وهب ثلث كذا او ربع كذا لا
يجوز حتى تقاسم فان قسم اي الكل قبل التسليم وسلم
اي الجزء الموهوب صح عقد الهبة لان تمام الهبة بالقبض
وعنده لا شيوع والمؤثر هو الشيوع عند القبض لا عند
العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب
النصف ثم النصف الاخر وسلم الكل جاز وكذا اي وكهبة
المشاع في عدم الصحة هبة لبن في ضرع وهبة نحوه من
صوف على ظهر غنم وزرع او نخل في ارض وتمر في نخل فانها
لا تصح لانها متصلة بملك الواهب اتصال خلقة
فكانت بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة فلا يتم الهبة

فيها

فيها بدون الافراز والحيازة فان فصلت عن ملك الواهب
وقبضها الموهوب له تصح لان امتناع الجواز لاتصال
الموهوب بملك الواهب مع امكان فصله عنه وقد
زال ذلك الاتصال ولا يصح هبة دقيق في بره ان طحن
البر وسلم الدقيق ولا دهن في سمسم ولا سمن في لبن
وان استخرج وسلم لان الموهوب معدوم وهو ليس
بمحل للملك بخلاف المشاع الذي يحتمل القسمة لانه
محل للتمليك وبخلاف اللبن في الضرع ونحوه لانه
بمنزلة المشاع وامتناع الجواز فيه ليس لكونه معدو
بل لاتصاله بملك الواهب وخلاصة الفرق بين
المسالتين ان اللبن ونحوه موجود بصورته عند
العقد بخلاف الدقيق فانه انما يوجد بالطحن وكذا
السمن والخل ولا يصح هبة الدين لغير المديون
لعدم تصور القبض الا اذا امره بقبضه له وكالة ثم
بقبضه لنفسه فح يصح لوجود القبض ويتوقف
هبة الدين للمديون على قبوله فان قبله امتنع الرجو
فيه لانه سقط عنه وان قال لا اقبلها فالدين عليه
بحاله واما الابرا فيتم من غير قبول ولكن للمديون
ان يرد قبل موته وعن زفر انه سوى بينهما وقال
يتم الهبة والابرا قبل القبول ولو قال ان اديت
نصفه فانت بري من النصف الباقي كان الابرا باطلا
وهبت ما مبتدا مضاف الى ما اي شي او الشي الذي
مع الموهوب صفة ما او صلتها غير محتاج الى قبض
جديد لان الموهوب حينئذ في يد الموهوب له
حقيقة فلا يحتاج الى قبض اخر لهبة الاب اي كما ان

ما
ع

ان هبة الاب لطفله تامة بالعقد ولا يحتاج الى قبض جديد
ولا فرق بين ما في يد مودوعة لان يد المودع بخلاف
ما اذا كان مرهونا او مغصوبا وكذا هبة الام لطفلها
اذا كان في عيالها والاب ميت ولا وصي له لان قبض الام
بمنزلة قبض الاب لو كان حيا وكذا كل من يعوله كالعم
والاخ لان هذا محض نفع للطفل ولانه لما كان له تاديب
وتسليمه في حرفة كان له التصرف النافع فينفرد بتمليكه
ويملكه بمجرد الهبة اذا كان في يده كما في الاب وقبضه
مبتدا اي قبض الطفل ما وهب له عاقلا اي مميزا
حال وقبض من يربيه قريبا كان او اجنبيا وهو معه
اي والحال ان الطفل في حجر من يربيه وقبض الزوج
ما وهب لزوجته الصغيرة بعد الزفاف بكسر الزاي
وهو الذهاب بها الى بيت الزوج معتبر هذا خبر
المبتدا الذي هو قبضه وما عطف عليه وقد وهم
من قال ان قبضه مجرور عطفا على هبة الاب في هبة
الاجنبي متعلق بمعتبر لها اي للمراة وفي نسخة له
اي للطفل وهو الظاهر وفي بعض النسخ لم يقع قبضه
معتبر فيكون قبضه حينئذ مجرور بالعطف على هبة
الاب وفي هبة الاجنبي في محل النصب على الحال من
قبضه حينئذ وقال الشافعي لا يصح قبض الصغير
لنفسه وان عاقلا وهو القياس لانه لا معتبر بعقله
قبل البلوغ لان الولاية عليه لا تزول عنه قبله ولنا
وهو وجه الاستحسان ان عدم اعتبار عقله قبل
البلوغ للنظر له ودفع الضرر عنه وذلك فيما كان
مترددا بين النفع والضرر واما النفع المحض فيعتبر

عقله فيه ويلحق بالبالغ كما في كسبه للمباحات واما قبض
من يربي الطفل اذا وهب له اجنبي فلان له عليه
يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر من نزعه
منه فيملك ما يتمحض نفعا في حقه واما قبض الزوج
بعد الزفاف ما وهب اجنبي لزوجته الصغيرة
فلانه حينئذ له عليها ولاية لكونه يعولها ولانها
لما زفت اليه اقام الاب الزوج مقام نفسه في حفظها
وحفظ مالها وقبض الهبة من باب الحفظ ولكن
لا ينعدم ولاية الاب بهذا حتى لو قبض لها صح ايضا
لقيام ولايته وصح هبة اثنين دارا الواحد اي
لشخص واحد اذ لا تمام متعلقة بهبة وانما صح لانهما
سلماها جملة وهو قبضها جملة ولا شيوع في ذلك
وعكسه وهو هبة واحد دارا الاثنين لا اي لا يصح
وهذا عند ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد
يصح كتصدق عشرة اي كما لا يصح لو اراد ان
يتصدق بعشرة على غنيين وصح له التصدق بها
على فقيرين وهبتها لهما وهذا عند ابي حنيفة
في رواية الجامع الصغير وعندهما تصح على الغنيين
ايضا وبامر ابو يوسف بقسمة ما وهبه لابنه وبنته
ايضا فالاثلاث كما امر به محمد لان تخصيص احدهما
بهبة شيء مكروه والعدل التسوية وقد قال عليه
السلام لمن وهب لاحد ولديه دون الاخر لا تشهدني
على جور والعدل عند ابي يوسف ان يجعل لكل
واحد مثل الاخر وعند محمد ان يجعل الثلثين للابن
والثلث للبنت لان الشرع جعل ميراثهما كذلك

فكان هو العدل وله ان العدل هو التسوية لغة والا
يضاف من النصف فيصار اليه ولو قال جميع ما لي او ما
املكه لفلان كان هذا هبة له ويصح لمن وهب هبة
لاجنبي الرجوع عنها بتراض او حكم قاض لكن بكراهة
وقال مالك والشافعي واحمد في ظاهر مذهبه لا يصح
الرجوع في الهبة الا للوالد فيما وهب لولده لهم ما روى
اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث
حسن عن ابن عباس وابن عمر ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لا يحل لرجل ان يعطي عطية او يهب
هبة فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي لولده ومثل
الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب
ياكل فاذا شبع قاء ثم عاد في قيئه وما رواه الجماعة
الا الترمذي من حديث ابي هريرة وابن عباس
وابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال العايد
في هبته كالعايد في قيئه وعنه ايضا العايد في هبته
كالكلب يعود في قيئه ولانها عقد تمليك فيلزم
كالبيع وانما ثبت حق الرجوع للوالد لان اخراجه
عن ملكه لم يتم لان الولد كسب الوالد ولنا ما روى
ابن ماجة من حديث ابي هريرة ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال الرجل احق بهبته ما لم يثب
منها اي لم يعوض عنها واخرجه الدارقطني في سننه
وابن ابي شيبة في مصنفه ورواه الحاكم في مستدركه
من حديث ابن عمر وقال صحيح على شرط الشيخين
ورواه الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس ولفظه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فهو

احق

احق بهبته ما لم يثب منها فان رجع في هبته فهو كالذي
يقيء ثم ياكل قيئه وما روى عبد الرزاق في مصنفه
عن سفيان عن منصور عن ابراهيم قال قال عمر من
وهب هبة لذي رحم فليس له ان يرجع فيها ومن
وهب لغير ذي رحم فله ان يرجع فيها الا ان يثاب
منها واجيب عما رووه بان المراد نفي الاستبداد
بالرجوع اي لا يعود بالاخذ لحاجته وسمي ذلك رجوعا
باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعا في الحكم او المراد
لا يحل له الرجوع ديانة ومروة لا انه لا يحل له قضاء
وحكومة كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله
واليوم الاخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه
طاو اي لا يليق ذلك ديانة ومروة وان كان جائزا
قضاء وحكومة ولان التشبيه بالكلب لاستقباح
الرجوع واستقذاره لا لحرمته ويؤيد ذلك ما في
البخاري ان ابن عمر لما سال رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن شراء فرس حمل عليه في سبيل الله
قال عليه السلام لا تبتعه ولا تعد في صدقتك
فان العايد في صدقته كالكلب يعود في قيئه فلما لم
يكن التشبيه بالكلب موجبا لحرمة ابتياع ما
تصدق به لم يكن التشبيه بالكلب موجبا لحرمة
الرجوع في الهبة وشرطنا في صحة الرجوع تراضيهما
او حكم القاضي لانه لو استرده بغير ذلك كان
غاصبا حتى لو هلك في يده يضمن قيمتها للموهوب
له ويمنعه اي الرجوع في الهبة سبعة اشيا احدها
زيادة في نفس الموهوب متصلة كالغرس والبنا

في الارض الموهوبة **والثمن** المورث زيادة في قيمة الموهوب
اذ لا وجه للرجوع بدون الزيادة لعدم الانفصال ولا معها
لان الرجوع انما يصح للموهوب والزيادة ليست بموهوبة
قيد بالزيادة لان النقصان يمنع وقيدها بالمتصلة لان
المنفصلة لا تمنع كما لو كانت الهبة امة فولدت عند
الموهوب له من زوج والمجوز لان الرجوع في الاصل دون
الزيادة ممكن وقيدنا بكونهما في نفس الموهوب لانها
لو كانت في قيمته كغلاوة او كتابة ونحوهما لا تمنع لانها
حينئذ لرغبة الناس اذ العين بحالها **و**ثانيها **موت**
احدهما اي الواهب والموهوب له اما موت الموهوب
له فلان الملك قد انتقل الي وارثه فكانه انتقل في حال
حياته واما موت الموهوب الواهب فلان وارثه لم يهب
والرجوع انما هو للواهب **و**ثالثها **عوض اضيف اليها**
اي الي الهبة ولا بد ان يذكر لفظا يعلم الواهب منه ان ذلك
عوض هبته كان يقول هذا عوض هبتك او جزاها او بدلها
او في مقابلتها **و**لو كان العوض **من اجنبي** لانه لاسقاط حق
الرجوع في الشرع فيصح من الاجنبي كبدل الخلع واما لو لم
يضف العوض الي الهبة بان وهب للواهب شيئا كان
ذلك هبة مبتدأ لا تعويضا فكان لكل واحد منهما الرجوع
وفي المبسوط سوا كان العوض قليلا او كثيرا من جنس
الهبة او من غير جنسها ويشترط في العوض شرائط
الهبة من القبض والافراز وان يكون من غير مال
الهبة خلافا لزفر اذ ملك الموهوب له تم في الهبة من
القبض فالتحق بسائر امواله ولنا ان الواهب ما قصد
بهبته تحصل ذلك البعض منها لانه كان سالما له بل

فقصد

فقصد اي عوض اخر وان حقه من الرجوع كان ثابتا في الكل
فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي **و** رابعها
خروجها اي الهبة **عن ملك الموهوب له** ببيع او هبة
او وقف لان تبدل الملك كتبدل العين وقد تبدل
الملك بتجدد السبب **و**خامسها **الزوجية** وقت الهبة
لان هبة احد الزوجين للاخر تحقق ما بينهما من الالفة
والمودة فكان المقصود منها الصلة وقد حصل قيد
بوقت الهبة لانه لو تزوجها بعد ما وهب لها كان له الرجوع
ولو تزوجها بعد ما وهبت له كان لها الرجوع ولو وهب
لزوجته او وهبت له ثم ابانها فليس له ولا لها الرجوع **و**سادسها
القرابة المحرمية لما روى الدارقطني والبيهقي في سننهما
والحاكم في مستدركه وقال صحيح علي شرط البخاري ومسلم
ولم يخرجاه عن عبد الله بن جعفر عن عبد الله ابن
المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة
ان النبي صلي الله عليه وسلم قال اذا كانت الهبة
لذي رحم محرم لم يرجع فيها وقال الامام رواه هذا الحديث
كلهم ثقات ولان المقصود منها مع القريب المحرم صلة
الرحم اي شي يستدعي قيام الرجوع فيه وهلاكه بيانيه
ولو ادعي الموهوب له هلاكه صدق بلا حلف لانه منكر
لوجوب الرد عليه فاشبه المودع **و**ضابطها اي ضابط
الامور السبعة التي يمنع الرجوع **حروف دمع خزقه**
فالدال الزيادة والميم موت الواهب او الموهوب له
والعين العوض والخا الخروج عن ملك الموهوب
له والزاي الزوجية والقاف القرابة والها الهلاك الموهوب
له **وهو** اي الرجوع في الهبة سوا كان بالتقاضي او بالتراضي

[illegible]

فسخ من الاصل بنفوذ الملك القديم ولا يشترط فيه قبض
الواهب ويصح في الشايع لا هبة اي ليس الرجوع بهبة
مبتداة للواهب كما قال زفر اذا كان الرجوع تراضيهما
وهي اي الهبة بشرط العوض هبة ابتداء فشرط قبضهما
ويبطل بالشيوع كالهبة بلا عوض بيع انتهاء فترد بالعيب
والرؤية ويثبت الشفعة كالبيع المحض وقال زفر بيع
ابتداء وانتهاء وفي جامع المحبوبي هذا اذا ذكر بكلمة على
اما لو ذكر بحرف الباء بان قال وهبتك هذا الثوب بالف
درهم وقبله الامر يكون بيعا ابتداء وانتهاء بلا خلاف
وان استثنى الواهب الحمل ثم وهبها اي الامة بان قال
هذه الامة الا حملها هبة لك صحت الهبة فيهما وبطل
الاستثناء وعند احمد وابي ثور يصح الهبة في الام دون
الولد ولا يبطل الاستثناء لانه تبرع بالام دون الولد
فاشبه العتق واستثناء المنفصل واجيب بان الحمل
كالجزء فلا يصح الهبة في الام بدونه بخلاف الولد المنفصل
وما ذكر من العتق ممنوع عندنا وان دبره اي الحمل ثم
وهبها اي الامة لا اي لا تصح الهبة وصح العمرى وهي
جعل داره له اي لاخر مدة عمره اي عمر الاخر بشرط ان ترد
الدار اذا مات ذلك الاخر وصورتها ان يقول اعمرتك
داري هذه او هي لك عمري او ما عشت او مدة حياتك
او ما حييت فاذا مت فهي رد علي وبطل الشرط وهو
رد الدار اذا مات المعمر وبهذا قال الشافعي في الجديد
واحمد وهو قول ابن عباس وابن عمر وروي عن علي
وشريح ومجاهد وطاوس والثوري وقال مالك والليث
والشافعي في القديم العمرى تمليك المنافع دون العين

فيكون للمعمر السكنى فاذا مات ردت الى المعمر لانها عارية
موقتة وان قال ولعقبه كان سكناهم فاذا انقرضوا
عادت الى المعمر لان هذا تمليك موقت وتمليك العين
لا يتوقت ولنا في صحيح مسلم عن جابر قال انما العمرى
التي اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقول
هي لك ولعقبك فاما اذا قال هي لك ما عشت فانها
ترجع الى صاحبها قال معمر وكان الزهري يفتي به وعن
ابن الاعرابي لم يختلف العرب في العمرى والرقبى انهما
على ملك اربابها ومنافعها لمن جعلت له ولنا ما روى
الشيخان عن ابي سلمة عن جابر ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يقول العمرى لمن وهبت له وفيهما
عن ابي هريرة مرفوعا العمرى جائزة وما روى مسلم
عن ابي الزبير عن جابر قال اعمرت امراة بالمدينة حائطا
لها ابنا لها ثم توفي وتوفيت بعده وترك ولده وله اخوه
بنون للمعمرة فقال ولد المعمرة رجع الحائط الينا وقال
بنو المعمر بل كان لابينا حياته وموته فاختصموا الى طارق
مولى عثمان فدعا جابرا فشهد ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى بالعمرى لصاحبها فقضى بذلك
طارق ثم كتب الى عبد الملك فاخبره بذلك واخبره
بشهادة جابر فقال عبد الله الملك صدق جابر فامضى
جابر طارق ذلك الحائط لبني المعمر حتى اليوم وما في صحيح
مسلم ايضا عن جابر قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم امسكوا عليكم اموالكم لا تفسدوها فانه
من اعمر عمرى فانها للذي اعمرها حيا وميتا ولعقبه
وما في سنن ابي داود عن عروة عن جابر ان النبي

صلى الله عليه وسلم قال من اعمر عمرى فهي له ولعقبه يرثها
من يرثه من عقبه وفيها ايضا عن طارق المكي عن جابر
قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في امراة
من الانصار اعطاها ابنها حديقة من نخل فماتت فقال
ابنها انما اعطيتها حياتها وله اخوة فقال صلى الله
عليه وسلم هي لها حياتها وموتها قال كنت تصدقت
بها عليها قال ذلك ابعد لك منها قال ابن القطان
اسناده كلهم ثقات وطارق المكي هو قاضي مكة مولى
عثمان بن عفان وهو ثقة قال ابو زرعة ورواه احمد
بسند كل رجاله ثقات وهو حدثنا روح حدثنا سفيان
الثوري عن حميد بن قيس عن ابراهيم عن جابر ان رجلا
من الانصار اعطى امه حديقة من نخل حياتها فماتت
وله اخوة فقالوا نحن فيه شرع سواء فابى فاختصموا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم
ميراثا واما قول الاعرابي انها عند العرب تمليك المنافع
فلا يضر لان الشارع نقلها الى تمليك الرقبة ولا تصح
الرقبى عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول مالك وهي ان
يقول شخص لاخر رقبتك هذه الدار وهي لك رقبى
او هي لك حياتك على اني ان مت قبلك فهي لك وان مت
قبلي فهي لي وسميت بذلك لان كل واحد يرقب موت صاحبه
وقال ابو يوسف يصح وهو قول الشافعي واحمد لانها
يشتمل على شرط رد الدار بعد الموت فيكون بمنزلة العمرى
ولما في سنن ابي داود عن جابر قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم العمرى جائزة لاهلها والرقبى
جائزة لاهلها وفيها عن زيد بن ثابت قال قال رسول

الله

الله صلى الله عليه وسلم من اعمر شيئا فهو لمعمره محياه و
ومماته لا ترقبوا فمن ارقب شيئا فهو سبيله وفي سنن النسا ي
عن ابن عباس مرفوعا من اعمر عمرى فهي لمن اعمرها جائزة
ومن ارقب رقبى فهي لمن ارقبها جائزة وفيها وفي ابن
ماجه عن ابن عمر مرفوعا لا عمرى ولا رقبى فمن اعمر
شيئا او ارقبه فهو له حياته ومماته ولنا انها تعليق ه
لتمليك بالخطر وهو موت المالك وذلك باطل
واذا لم يصح عند ابي حنيفة ومحمد يكون عارية لان
هذا العقد يتضمن اطلاق الانتفاع وقد حكم الاتقاني
شارح الهداية بصحة قول ابي يوسف لما روينا من الاحا ر
والصدقة لا تصح الا بالقبض لانها تبرع كالهبة ولا يصح في
شائع يقسم لما مر في الهبة ولا عود فيها لان المقصود بها
الثواب وقد حصل بخلاف الهبة فلا رجوع في الهبة
للفقير استحسانا وفي القياس يرجع لانه ملكه بطريق
الهبة وفي اسباب الملك الغني والفقير سواء كالبيع
وغيره ووجه الاستحسان ان المقصود بها الثواب
دون العوض اذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة
من يكون اقدر على ادائه ولما اختار الفقير مع عجزه
عن ادائه عرفنا ان مقصوده الثواب وقد ناله
ولو تصدق على غني لا يعود استحسانا والقياس
يعود وبه قال بعض اصحابنا لان الصدقة في حق
الغني هبة لانها انما يقصد منها العوض دون الثواب
دون العوض ووجه الاستحسان ان لفظ الصدقة
مما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه
اولى من مراعاة حال التملك ثم المتصدق على الغني

قد يكون قريبه يستحق بها الثواب لكونه غنيا يملك
نصاب وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على
مثل هذا النيل الثواب الا ترى ان عند اشتباه الحال
يتادى الواجب من الزكوة بالتصدق عليه ولا رجوع
فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق
الرجوع عليه ثم الصدقة فيما يقسم وكذا الهبة
على غنيين باطلة عند ابي حنيفة وقالا جايزة
وكذا الصدقة على فقيرين باطلة في رواية الاصل
عن ابي حنيفة وفي رواية الجامع الصغير اذا تصدق
على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهم جاز قيل
وهو الصحيح ولو تصدق بها على غنيين او وهبها
لهما لم يجز وقالا يجوز كله كتاب
الاجارة هي لغة اسم للاجر من اجر ياجر بكسر الجيم
وضمها وهو العوض قال تعالى لو شئت لتخذت عليه
اجرا وسمي الثواب اجرا لانه سبحانه عوض العبد به وشرعا
بيع نفع معلوم غير حرام كالغنا والنوح ولا عبادة كالاذان
وقراة القران بعوض كذا اي معلوم دين كالنقود والمكيل
والموزون او عين كالثياب والدواب ويشترط كون
العوض معلوما لقوله عليه السلام من استاجر اجيرا
فليعلمه اجره رواه محمد بن الحسن في الاثار عن ابي
حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن ابي سعيد وابي هريرة
عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي رواية عبد
الرزاق له فليسم له اجره وفي لفظ فليبين لان الجهالة
في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن
والثمن في البيع وهي جايزة بالاجماع وبقوله تعالى فان

ارضعن

ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وقوله على ان تاجرني ثماني
حجج وبما روى الشيخان من حديث ابن عباس ان النبي صلى
الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره ومن حديث
عايشة في الهجرة قالت استاجر رسول الله صلى
الله عليه وسلم وابو بكر رجلا من بني الديل هاديا
خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما
وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال الحديث والخريت
بكسر المعجمة وتشديد الراء وتحتية ساكنة فمثناة
الماهر بالهداية ومن حديث ابي هريرة قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اعطوا الاجير قبل ان يجف
عرقه رواه البخاري وابن ماجة ومحل عقد الاجارة
عندنا المنافع وهو قول مالك واحمد واكثر اصحاب الشافعي
وقال بعض اصحابه العين لانها الموجودة والعقد
يضاف اليها ولنا ان المعقود عليه هو المستوفى بالعقد
وذلك المنافع لا الاعيان واضافة العقد الى العين
لانها محل المنفعة وعند مالك وهو مذهب الشافعي
واحمد يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة
تصحيح العقد ومن فروع كون المنافع كالاعيان عند
مالك والشافعي وعدمه عندنا انه لو اجر ما استاجره
باكثر مما استاجر يتصدق بالفضل عندنا اذا اتحد
الجنس في الاجرتين لانه ربح ما لم يضمنه فيملكه خبيثا
فيومر بالقا ما بلغ ويعلم النفع بذكر المدة اي بيانها وان
طالت على المذهب لان المدة اذا كانت معلومة
كان قدر المنفعة معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت
كالدور للسكنى والاراضي للزراعة لكن في الوقف

الذي لم يشترط الواقف مدة لاجارته لا تصح المدة الطويلة
عند مشايخ بلخ كي لا يدعي المستاجر الملك والمدة الطويلة
فوق ثلاث سنين وهو المختار وقيل يصح ولكن يرفع
الى الحاكم حتى يبطلها وبه يفتي الفقيه ابو الليث
والحيلة في تصحيح اكثر من ثلاث سنين ان ترفع الى
الحاكم ليصححها واما لو شرط الواقف مدة اتبع شرطه
طالت المدة او قصرت وبذكر العمل اي ويعلم النفع بذكر
العمل تارة كصبغ الثوب احمر او اصفر وخياطته قباء
او نحوه او حمل قدر معلوم مسافة معلومة اذا بين الثوب
ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والمحمول اذ بذلك
تصير المنفعة معلومة او بالاشارة تارة كنقل هذا الطعام
الى ثمة اي ذلك المقام لانه اذا راى ما ينقله وعلم الموضع
الذي ينقل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح
العقد ولا تجب الاجرة اي لا تملك بالعقد سواء كانت
عينا او دينا كذا ذكره محمد في الجامع وذكر في الاجارات ان
كانت عينا لا تملك بالعقد وان كانت دينا تملك به
وتكون بمنزلة الدين المؤجل وعامة المشايخ على ما في
الجامع وقال الشافعي واحمد تملك بنفس العقد ويجب
تسليمها عند تسليم الدار او الدابة الى المستاجر بل تملك
الاجرة بتعجيلها اي بتقديمها ودفعها اليه او بشرطه
اي شرط تعجيلها في العقد واستيفاء النفع تحقيقا للتسوية
او التمكن منه اي من استيفاء النفع اقامة للتمكن من
الشيء مقام ذلك الشيء فيجب الاجر لدار قبضت ولم
يسكنها لان تسليم عين المنفعة لما لم يمكن اقيم تسليم
محلها مقامها اذ التمكن من الانتفاع يثبت به

ويسقط

ويسقط الاجرة بالغصب من المستاجر بقدر فوت
تمكنه حتى ان فات تمكنه في جميع المدة سقط جميع الاجرة
وان فات في بعضها سقط بحسابه لان تسليم المحل
انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع
فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد بقدر
ذلك الفوات ويسقط من الاجرة بقدره ذكره صاحب
الهداية وذكر القضاي والقاضي فخر الدين في الفتاوى
ان الاجارة لا تنفسخ ولكن تسقط الاجرة ما دامت
في يد الغاصب وكذا اذا غرقت الارض قبل زرعها
وان اصطلمه آفة سماوية لزمه الاجر تاما في رواية
عن محمد لانه قد زرعها وقيل يلزمه اجر ما مضى من
المدة فقط وبه يفتي ان لم يتمكن من زرع مثله في المدة
ثانيا ذكره قاضي خان وبه قال شيخ الاسلام المعروف
بخواهرزاده وللموجر طلب الاجر للدار والارض لكل
يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق ق
في العقد فيكون بمنزلة التاجيل وله طلب الاجر
للدابة لكل مرحلة لانها سير مقصود وله طلب الاجر
للقصارة والخياطة اذا تمت لان العمل في البعض
غير منتفع به فلا يستوجب به اجرا قال ابو حنيفة اولا
وهو قول زفر لا يجب شيء من الاجرة الا بعد استيفاء
جميع المنفعة سواء كان العقد على المدة كما في اجارة
الدار والارض او على قطع المسافة كما في كري الدابة
الى مكة او على العمل كما في القصارة والخياطة والعبا غز
فان كان حصة ما استوفى من العمل معلوما تسوا العمل
في بيت المستاجر او في بيته على ما في التجريد والهداية

وبطلبه القصارة والخياط بعد انواع لو عمل في بيته ويستحق
خاصة ما خاط لو عمل في بيت المستاجر على ما هو المشهور
كما في المبسوط وغيره فانه حينئذ كالدار والدابة وللموجر
عقب الاجر للخبز بالضم ويجوز فتحه بعد اخراجه من التنور
لان تمامه بذلك فان احترق الخبز بعدما اخرج من التنور
من غير فعله فله الاجر لوجود تمام العمل وان احترق
قبله اي قبل اخراجه من التنور لا اي لا اجر له لعدم وجود
تمام العمل وفي النهاية ان روايات الكتب من المبسوط
والذخيرة والمغني والجامع لفخر الاسلام وقاضي خان
والتمرتاشي والفوائد الظهيرية ان العامل في بيت
المستاجر يستحق الاجر بقدر عمله حتى لو سرق الثوب
فله من الاجر بقدر عمله لان كل جزء من العمل يصير
مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه وفي الهداية
انه لا يستحق الاجر الا بالتمام ولا غرم فيهما اي في حالتي
الاحتراق بعد الاخراج وقبله على الاجير لانه لم يوجد
منه جناية وهذا عند ابي حنيفة وعندهما على الاجير
الغرم لانه اجير مشترك والعين في يده مضمونة عندهما
هكذا حكى القدوري الخلاف في شرحه وفي شرح
الوافي ولا ضمان عليه بالهلاك عند الكل اما عند
ابي حنيفة فلانه لم يهلك من عمله واما عندهما فلانه
هلك بعد التسليم وللموجر طلب الاجر للطباخ للوليمة
بعد الغرف اي اخراج المرقة من القدر الى القصاع
قيدنا بالوليمة لانه لو استاجره لطبخ قدر خاص لبيته
لا يكون الغرف عليه كذا في المحيط والايضاح والاصل
في ذلك العرف وللموجر طلب الاجر لضرب اللبن بكسر

الموحدة

الموحدة بعد اقامته اي تسويته عند ابي حنيفة وبعد
تشريجه اي جعل بعضه على بعض عندهما لان
تشريجه من تمام عمله اذ لا يؤمن الفساد قبله ولانه
هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط ولابي حنيفة
ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زايد كالنقل
الى موضع العمارة وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد
بمطر ونحوه بعد ما اقامه فعنده يجب الاجر وعندهما
لا يجب الا اذا كان شرجه ويحبس العين للاجر من خلط
ملكه بها اي بالعين كالصباغ ومن له اثر فيها كالقصار
لان المعقود عليه وصف قايم في الثوب فله حق
الحبس لا بد باستيفاء له كما في المبيع فان حبس فضاع
فلا غرم عند ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس
وقد كان العين امانة في يده قبل الحبس فتبقى
امانة بعده ولا اجر له شا ضمنه قيمته لهلاك
المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد
مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان
شا ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له لان العمل
لم يصير مسلما اليه وان شا ضمنه قيمته معمولا
وله الاجر لان المبيع صار مسلما اليه تقديرا بوصول
قيمته اليه فصار كانه صار مسلما اليه حقيقة
بخلاف الحمال بالجيم او المهملة وكل صانع ليس لعمله
اثر في العين ومن اي والاجير اطلق له العمل ان يستعمل
غيره لان المستحق عمل في ذمته فله ايفاؤه بنفسه
وبغيره فصار كايفاء الدين فان قيده بان قال
له علي ان تعمل بيدك او بنفسك لا اي لا يستعمل غيره

لان المعقود عليه عمل مخصص بعينه فيستحق عليه
كالمنفعة في محل بعينه **ولا اجر لجي بعيالهم** الضمير للمستاجر
والباء متعلقة بجي وهو مجرور باضافة اجارة اليه
واللام متعلقة بمحذوف خبره مقدر وقوله **ان مات**
بعضهم وجا بمن بقي شرط معترض بين الخبر ومبتدايه
وهو **اجر مجابه** والجملة جواب الشرط يعني من استاجر
رجلا ليذهب الى البصرة ويجي بعياله وهم معلومون
فذهب فوجد بعضهم قد ماتوا فجا بمن بقي فله
اجره بحسابه لان الاجر مقابل بجملتهم وكذا في
الاجير بعض المعقود عليه فيستحق من العوض
بقدره **وحامل كتابه** مبتدا مضاف **او زاده الى زيد باجر**
الجاران متعلقان بحامل **ان رده** اي الكتاب او الزاد
لموته اي لاجل موت زيد **لا شي له** جواب الشرط
والشرط وجوابه خبر المبتدا والمعنى ان من استاجر
رجلا ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب
اليها فوجده ميتا او لم يجده او وجده ولم يدفع اليه
بل رد به فلا اجر له وعند زفر له الاجر لانه غاية له
الحمل للبصرة وقد وفى به ووجب برده فلا يسقط
بما يستحقه من اجرته ولهم ان المعقود عليه نقضا
هو نقل الطعام الى البصرة وقد نقضه برده ومن
استاجر رجلا ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة
ويجي بجوابه فذهب فوجده ميتا فرد الكتاب فلا اجر
له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له
اجر الذهاب وهو قول مالك والشافعي وذكر الفقيه
ابو الليث قول ابي يوسف مع قول محمد لمحمد انه اوفى بعض

المعقود

المعقود عليه دون البعض فيستحق الاجر بقدر ما وفى
ولهما ان الاجر مقابل بنقل الكتاب اذ هو امر
مقصود بين الناس او وسيلة الى المقصود وهو
العلم بما فيه فاذا رده فقد نقضه فيسقط الاجر
واما لو وجده غايبا فترك الكتاب هناك ليوصل
اليه فله اجر الذهاب اجماعا لانه اتى بما في وسعه
وفي المحيط وكذا لو استاجر رسولا ليبلغ رسالته
الى فلان ببغداد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر بقطع
المسافة لانه الذي في وسعه لا الاسماع **وصح استيجار**
دار او دكان او حانوت **بلا ذكر ما يعمل المستاجر فيه**
والقياس ان لا يصح لان المقصود من الدار والدكان
الانتفاع وهو قد يكون بالسكنى وقد يكون بوضع
الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيها
كالاراضي للزراعة والثياب للبس ووجه الاستحسان
ان العمل المتعارف فيهما السكنى والمتعارف
كالمشروط فينصرف العقد الى السكنى بخلاف
الارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف المزروع
واللابس **وله** اي للمستاجر في السكنى فيها **كل عمل**
للاطلاق ككسر الحطب وغسل الثياب لان السكنى
لا يتم الا بذلك فيكون من توابعها وفي المبسوط والذخيرة
انما يكون له ربط الدواب اذا كان فيها موضع معد
لذلك واما اذا لم يكن فليس له ذلك **سوى موهن**
البناء نحو الحدادة والقصارة والطحن بالدابة دون
اليد لان فيه ضررا ظاهرا فيتقيد العقد بما وراءه
دلالة والحاصل ان كل عمل يفسد البنا او يوهنه

فلذلك لا يصير مستحقا له بمطلق العقد الا ان يشترطه
وما لا يوهن فهو مستحق بمطلق العقد لا استيجار ارض
اي لا يصح استيجار ارض حتى يسمي ما يزرع فيها لانها تستاجر
للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت في الضرر
فلا بد من التعيين لئلا يقع المنازعة او يسمي ما يعمه
اي يعم ما يزرع من الارض بان يذكر انه يزرع ما يشا
فيها لانه اذا سمى ما يعمه ارتفعت الجهالة المفضية
الى المنازعة وحتى يكون الارض خالية عن الزراعة
لانها لو كانت مشغولة بها لم يكن المعقود عليه مقدور
الاستيفاء منها فان استاجرها اي الارض للبنا
او للغرس لان ذلك منفعة تقصد من الارض
فكان كاستيجارها للزراعة واذا انقضت المدة
اي مدة الاجارة يسلمها اي يلزم المستاجر ان يسلم
الارض الى ما لكها فارغة من البنا والغرس بان يجبر
على قلعه لان تقدير المدة في الاجرة يقتضي التفريغ
عند انقضائها وليس للبنا والغرس مدة معلومة
ينتهيان اليها فيكون كاشتراط القلع عند انقضا
المدة عرفا ودلالة بخلاف لو انقضت المدة الاجارة
وفي الارض زرع لم يدرك حيث يترك باجر المثل في مدة
الى ان يستحصد لان للبلوغ الزرع غاية معلومة فكان
في الترك باجر المثل مراعاة للحقين الا ان يغرم
الموجر قيمته اي قيمة البنا او الغرس مقلوعا لان في
ذلك نظر لهما او يتملكه هو بالنصب عطف على يغرم
بلا رضا المستاجر ان نقص القلع الارض لان فيه
دفع الضرر عن الموجر والا اي وان لم ينقص القلع الارض

فبرضاه

فبرضاه اي فيتملكه الموجر برضا المستاجر او يرضى عطف
على يغرم اي او الا ان يرضى الموجر بتركه اي ترك
البنا والغرس باجر او بغير اجر كان له ذلك فيكون
البنا والغرس بهذا اي المستاجر والارض لهذا وهو
الموجر وهو واضح والرطبة بفتح فسكون القضب
وهي بالفارسية اسفست كالشجرة اي حكمها لانها
لا يعلم لانتهائها غاية وضمن المستاجر الحصة
بالزيادة على حمل بالكسر ذكر من عقد الاجارة يعني
من استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معينا من
نوع معين فحمل اكثر مما سمى فعطبت ضمن ما زاد
ان اطاقت دابة مثلها ذلك الحمل لانها عطبت بما
هو ماذون فيه وبما هو ليس بماذون فيه فانقسم
عليها وضمن كل القيمة ان لم تطق دابة مثلها
ذلك لعدم الاذن فيه اصلا لخروجه عن العادة
قيد بكون الاجارة على حمل لانها لو كانت على ركوب
شخص معين فاردف معه اخر فعطبت الدابة
ضمن نصف قيمتها سواء كان اخف او اثقل لان
تلف الدابة من الركوب لا ينشا من الثقل اذ رب
ثقيل يحسن الركوب فلا يضر ثقله بالدابة وخفيف
لا يحسنه فيضر بها ولان الادمي لا يوزن فاعتبر
فيه العدد وهذا اذا كانت الدابة تطيق حمل
اثنين حتى لو كانت لا تطيق ذلك ضمن قيمتها
وان قيد الدابة براكب والثوب بلبس لابس معين
فخالف الى غيره ضمن القيمة ان تلف لتفاوت
الناس في الركوب واللبس ومثله كل ما يختلف

ما يختلف باختلاف المستعمل ولا يعتبر التعيين
فيما لا يختلف بالمستعمل فلو شرط سكنى واحد بعينه
في الدار جاز للمستاجر ان يسكن غيره معه او ان يتلف
يرد الدابة بان يجذب لجامها الى نفسه لتخفف ولا
تحرك او المضروب بلا اذن صريح يوجب الضمان عند
ابي حنيفة كهلاك الدابة المستعارة والعبد المستاجر
بالضرب وهما قيداه بغير المعتاد كمالك والشافعي
وصح استيجار حمل الجمل وراكبين الى مكة المشرفة
مثلا وتعيين الحمل المعتاد في عرف البلاد ويستحب
مشاهدة الجمال الحمل لانه ابعد من الجهالة وبه قال
مالك وشرط الشافعي المشاهدة وهو القياس لانه
مجهول فيودي الى المنازعة ولنا وهو الاستحسان
ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما
فيه من الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم
ير الفرايش وما يتعلق به وصح لزاد معلوم الى مكان
معلوم ويجوز عوض ما نقص منه خلافا لبعض اصحاب
الشافعي فصل يفسدها اي الاجارة شروط تفسد البيع
وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد الذي وقعت
فيه لان الاجارة في المنافع بمنزلة البيع في الاعيان
ولذا يقال وتفسخ الشروط التي لا تقتضيها الاجارة
تفسدها وذلك كاشتراط مرمة الدار او ادخال جذوع
في سقفها وتفسد ايضا بجهالة المعقود عليه كما
لو استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها وكذا
بجهالة المدة فيما يعلم المنفعة بها كالدور لاستلزامها
جهالة قدر المنفعة وكذا بجهالة الاجر لانه كالثمن

في

في البيع وكذا بجمله من جنس منفعة المستاجر كاستيجار
دار للسكنى بسكنى دار اخرى ولبس ثوب بلبس ثوب
اخر وعند الشافعي يجوز لان المنافع كالاعيان عنده هـ
ومبادلة العين بالعين بجنسه او بخلاف جنسه صحيحة
عند المساومة ولنا ما حكي ان ابن سماعة كتب الى محمد
وقال لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد
في جوابه انك اطلت الفكرة واصابتك الحيرة وجالست
الجبائي وكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى
دار بسكنى دار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة بيانه
ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة واذا غير
موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء
بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النسا عندنا
بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النسا في الجنس
المختلف ليس بحرام كما لو اسلم قوهيا في مروي فان
قيل عند اختلاف النوع ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد
لمعنى اخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام للنهي عن
الكالي بالكالي قيل الذي تحقق انها هو المعقود
عليه واقيم المحل مقام المنفعة وهو عين فيصير الاجر
بمنزلة الثمن فلا يكون عين العين بغير العين بل
يكون عينا بدين فذلك جايز فيجب اجر المثل لا يزاد
على المسمى وقال زفر ومالك والشافعي واحمد في
الاجارة الفاسدة يجب اجر المثل بالغا ما بلغ الا اذا لم
يسم الاجر او جهل كله كتسمية ثوب ما او بعضه هـ
كتسمية مائة درهم وثوب ما فح يجب الاجر بالغا
ما بلغ ولو استاجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل عليه

يحمل الحمل المعتاد وبلغها وجب المسمى لا اجر المثل كما قال
زفر **وصح اجارة دار كل شهر بكذا بلا بيان المدة في شهر
واحد** لتعذر العمل بالعموم **فقط** اي ولا يصح في غير الشهر
الاول الا ان يسمي جملة معلومة من الشهور فيصح فيها للعلم
بالمدة وبه قال الشافعي في الاملاء واحمد واختاره ابو
الاصطخري واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما فسخ
الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ٠ من غير حضور صاحبه
علي قول ابي يوسف وبحضره علي قول ابي حنيفة
ومحمد وقيل لا يفسخ الا بحضور صاحبه بالاتفاق وقال
الشافعي في الاصح الاجارة باطلة لان المدة مجهولة
وقال مالك الاجارة صحيحة وكلما مضى شهرا استحق
الاجر لان المنافع مقدرة بتقدير الاجر فلا يحتاج الي ذكر
المدة **وصحت ايضا في كل شهر سكن في اوله** ولم يكن
للموجر ان يخرجه الي ان ينقضي الا بعذر وبه قال احمد
لانه بهذا القدر من السكنى صار معلوما فيتم العقد
فيه فكان كالبيع بالمعاطاة والمراد باول الشهر اوله
عرفا وهو الليلة الاولى من الشهر ويومها وهو ظاهر
الرواية وبه يفتى **وان سمي اول المدة فذاك** اي فما
سمي اولها **والا** اي وان لم يسم اول المدة **فوقت العقد**
هو اولها لان الاوقات لما تساوت بالنسبة الي ذلك
العقد تعين الزمان الذي يعقبه **فان كان** انعقد
حين يهل اي يبصر الهلال بصيغة المجهول والمراد
اليوم الاول من الشهر **اعتبر الاهلة** في شهور السنة
كلها لانها هي الاصل في الشهور قال تعالى يسالونك عن
الاهلة قل هي مواقيت للناس **والا** اي وان لم يكن العقد

حين

حين يهل بان كان في اثنا الشهر **فالايام** اي فالمعتبر في شهور
السنة كلها الايام وهذا عند ابي حنيفة وهو رواية
عن ابي يوسف وقول للشافعي ورواية عن احمد وعند
محمد وهو رواية عن ابي يوسف وقول للشافعي ورواية
عن احمد الشهر الاول بالايام ويكمل من الشهر الاخير
والباقي بالاهلة لان الاصل في اعتبار الشهور الاهلة
والايام يصار اليها ضرورة الا ترى الي قوله عليه
السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم
فاكملوا عدة شعبان والضرورة في الاول من الشهور فيكمل
من ايام الشهر الاخير ويعتبر ما بينهما بالاصل ولابي
حنيفة انه لما وجب تتميم الاول بالايام قبل ابتداء الثاني
وجب تتميمه من الثاني لانه متصل به فابتدى الثاني
بالايام ضرورة وهكذا الي اخر المدة **كالعدة** اي كما يعتبر
في العدة اذا كانت بالشهور الاهلة واذا كان ابتداء العدة
حين يهل الهلال والايام اذا كان ابتداؤها في اثناء
الشهر **وصح اجارة الحمام والحجام** اما الحمام فلتعارف
الناس وقد روى الحاكم في مستدركه عن عبد الله
ابن مسعود انه قال ما راه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن وما فيها من الجهالة ساقط لمكان الضرورة
واما الحجام فمنع احمد اجارته لما اخرجه مسلم عن رافع بن
خديج ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال كسب
الحجام خبيث ولنا ما روى الشيخان عن ابن عباس ان النبي
صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره زاد البخاري
في لفظه ولو كان حراما لم يعطه وفي لفظ ولو علم كراهته
لم يعطه ولمسلم ولو كان سحتا لم يعطه وذلك انه كما لا يحل

لاحد اكل الحرام لا يحل له دفعه الى غيره ليأكله وكره كسبه
عثمان وابو هريرة والحسن والنخعي لما روينا ولما في مسند
احمد ان محيصة سال النبي صلى الله عليه وسلم عن
كسب حجام له فنهاه فلم يزل يكلمه حتى قال اعلفه
ناضحك واطعمه رقيقك وصح اجارة الظئر اي للمرضع
باجر معين والقياس ان لا يصح كاجارة البقرة او الشاة
لشرب لبنها واجارة البستان لياكل ثمره الا انها صحت
لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والمراد
بعد الطلاق ولان ذلك قبل النبي صلى الله عليه وسلم
فاقرهم عليه ولاجماع الامة على ذلك وبطعامها
وكسوتها وفيها الوسط وهذا عند ابي حنيفة ومالك
واحمد وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وبه قال الشافعي
لجهالة الاجرة وللزوج اي زوج الظئر وطؤها وهو قول
الشافعي واحمد وقال مالك ليس له ذلك الا برضا
المستاجر لانه قد ينقص اللبن وقد يقطعه بالحبل
ولنا ان الوطى حق الزوج قبل عقد الاجارة فلا يتمكن
المستاجر من اسقاطه ولا يسقط لامر مشكوك فيه
لا في بيت المستاجر اي ليس لزوج الظئر وطؤها
في بيت المستاجر ان بيته حقه فليس للزوج فعل
ذلك فيه الا باذنه وله اي لزوج الظئر سواء كان ممن
يشبه ان يكون امراته ظئرا اولا في نكاح ظاهر اي
معلوم من غير الاقرار فسخها اي فسخ الاجارة ان
لم ياذن الزوج فيها اي للظئر في الاجارة لان للارضاع
ينقص من حاجاتها وفي ذلك اضرار به فله ان يمنعها
من التطوعات لا ان اقرت الظئر بنكاح لان عقد

الاجارة قد لزمها وقولها غير مقبول في حق المستاجر
ولاهل الصبي اي اوليائه فسخها اي الاجارة ان
مرضت الظئر او حبلت لان لبن المريض والحامل يضر
الصبي وعليها اي الظئر غسل الصبي وغسل ثيابه
من البول والغائط ونحوهما واصلاح طعامه ودهنه
بالفتح للعرف على ان الظاهر هي التي تتولى ذلك
فصار كالمشروط والاصل ان الاجارة اذا وقعت على
عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الاجارة
على الاجير فالمرجع فيه العرف وعلى ابيه اي ابي الصبي
الاجر اي اجر الظئر وثمنها اي ثمن ثيابه وطعامه
وما يغسل وما يدهن به لانها من نفقته فان
ارضعته الصبي بلبن شاة او غذته بتشديد
المعجمة اي ربته بطعامه ومضت المدة اي مدة
الاجارة فلا اجر لها وبه قال مالك والشافعي واحمد
ولم يصح الاجارة للعبادات في شرح الوافي والمذهب
عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار
عليها باطل كالاذان والحج والامامة وتعليم القران
وتعليم الفقه وهو نص احمد وقول عطا والضحاك
والزهري والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعي
والشعبي وقال مالك والشافعي واحمد في رواية
يصح في كل ما لا يتعين على الاجير فعله كالاستيجار
لبناء المسجد حتى لو تعين الافتا والامامة على
واحد لا يصح اجارته لانه عليه السلام زوج رجلا
بما معه من القران واذا جاز تعليم القران عوضا
في باب النكاح جاز في باب الاجارة ولان ابا سعيد

الخدري رقى بفاتحة الكتاب واخذ قطيعا من الغنم
واقتسمه هو واصحابه بامر النبي صلى الله عليه
وسلم وقال عليه السلام ان احق ما اخذتم
عليه اجرا كتاب الله ولانه يجوز اخذ الرزق عليه
من بيت المال فيجوز اخذ الاجر عليه فانه بمعناه
ولانه قد يحتاج الى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه
وعجز عن فعله ولا يوجد متبرع به ولنا ما روى احمد
واسحاق ابن راهويه وابن ابي شيبة وعبد الرزاق
من حديث عبد الرحمن بن شبل قال سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول اقرؤا القران
ولا تاكلوا به ولا تجفوا عنه ولا تغلوا فيه ولا تستكثروا
به وما روى ابو داود وابن ماجة عن عبادة ابن
الصامت قال علمت ناسا من اهل الصفة القران
واهدى الي رجل منهم قوسا فقلت ليست بمال
وارمي بها في سبيل الله فسالت النبي صلى الله عليه
وسلم عن ذلك فقال ان اردت ان يطوقك الله
طوقا من نار فاقبلها وفي رواية فقلت ما ترى فيها
يا رسول الله فقال جمرة بين كتفيك تقلدتها
او تعلقتها وروى اصحاب السنن الاربعة بطرق
مختلفة فلفظ ابي داود والنسائي عن عثمان ابن
ابي العاص قال قلت يا رسول الله اجعلني امام
قومي قال انت امامهم واتخذ مؤذنا لا ياخذ على
اذانه اجرا وروى الترمذي في جامعه بسنده الى
الحسن عن عثمان بن العاص قال ان اخر ما عهد
الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا

لا ياخذ على اذانه اجرا وحديث التزويج ليس فيه تصريح
بان التعليم صداق فلعله زوجها اياه بغير صداق
اكراما له كما زوج ابا طلحة ام سليم على اسلامه فان
النكاح يصح بدون ذكر المهر ومع ذلك يجب مهر المثل
ويكون الباء مكان اللام اي لما معك من القران او لعل
المراة وهبتها له باعتبار ذلك ومعنى قوله احق ما
اخذتم عليه اجرا كتاب الله فعلت الجعالة في الرقية
لان ذلك في سياق جزاء الرقية ودائرة الجعالة
اوسع من دائرة الاجارة ولهذا يجوز مع جهالة
العمل والمدة دون الاجارة او ان الماخوذ منه
قطيع الغنم كان كافرا غير مستامن فجاز اخذ ماله
او ان حق الضيف واجب ولم يضيفوهم او ان الرقية
ليست بقربة محضة فجاز اخذ الاجرة عليها واما
الرزق من بيت المال فيجوز لمن يتعدى نفعه
لان بيت المال لمصالح المسلمين يجري مجرى الوقف
عليهم بخلاف الاجرة واما الاستنابة عن الحج فللامر
ثواب الانفاق وبه سقط الفرض عنه فيكون
الاجرة للخدمة او لقطع المسافة وعلى تقدير
ان الانفاق يقع عن الامر لا يكون اجارة على
الحج بل انفاقا على النايب ويفتى اليوم بصحتها اي الاجارة
على الاذان والاقامة وتعليم القران لان المتقدمين
انما منعوا منها لرغبة الناس في زمانهم في فعلها
احتسابا وفي مجازاة فاعلها بالاحسان بلا شرط
وفي هذا الزمان قد زال المعنيان فيفتى بعدم
صحة الاجارة عليها تضييعها ولا يبعد ان يختلف

الحكم باختلاف الازمنة الا ترى ان النساء كن يخرجن
الى الجماعات في زمنه عليه السلام وابي بكر حتى منعهن
عمر عن ذلك وفي الهداية وبعض مشايخنا استحسنوا
الاستيجار على تعليم القران اليوم وعليه الفتوى
وفي الكفاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه
ايضا في زماننا وفي المجمع وقيل يفتى بجوازه اي
الاستيجار على التعليم والامامة والفقه وفي
الذخيرة والروضة عن بعض اصحابنا يجوز في
زماننا للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجرة ولا يجوز
للمعاصي كالغناء لقوله عليه السلام ان الغناء ينبت
النفاق في القلب رواه ابو داود وكذا سائر الملاهي
كالمزمار والطبل لغير الغزو ولما في ابي داود عن نافع
قال سمع ابن عمر مزمارا فوضع اصبعه في اذنيه ونأى
عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئا قال قلت
لا قال فرفع اصبعيه من اذنيه وقال كنت مع النبي صلى
الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا
والنوح لقوله عليه السلام ليس منا من ضرب
الخدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية رواه
البخاري وفيه ايضا عن ابي موسى ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم بريء من الصالقة والحالقة
والشاقة الصالقة التي ترفع صوتها بالبكاء والنوح
والحالقة التي تحلق راسها في المصيبة والشاقة
التي تشق ثوبها في تلك الحالة وذلك لان عقد
الاجارة يستحق به تسليم المعقود عليه شرعا
فلا يستحق على احد فعلا يكون به عاصيا بل لا يصير

المعصية

المعصية مضافة الى الشريعة ولا يصح الاجارة لعسب
التيس وهو نزوه على الاناث لما رواه البخاري وابو
داود والترمذي والنسائي عن ابن عمر ان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن عسب التيس وفي مسند احمد
نهى عن ثمن عسب الفحل ولا يصح اجارة المشاع الا
من الشريك على الاصح عند ابي حنيفة وهو قول
زفر واحد سواء مما يقسم كالارض او لا كالعبد وقال
ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي يجوز من غير
الشريك ايضا اذا بين نصيبه والا فلا يصح على
الصحيح ويتهايان فيه ويجبران على ذلك لان هذا
عقد معاوضة فيجوز في المشاع كالبيع وفي المغني
والفتوى اليوم على قولهما في اجارة المشاع والحيلة
في جوازها على قول الكل ان يرفع العقد الى قاض
يحكم به ولا اجارة الرحى ببعض دقيقه اي دقيق
ذلك المستاجر على طحنه فان طحن فالدقيق لرب
المطحون وللطحان اجر المثل ولا اجارة نحوها من
الاجارات كاجارة الحمال لحمل طعام بقفيز منه
فانها لا تجوز فان حمله فله مثله لا يجاوز القفيز اما
فساد الاجارة فلما روى الدارقطني والبيهقي في
سننهما وابو يعلى الموصلي في مسنده عن ابي سعيد
الخدري قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان في الهداية
هو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من
دقيقها واما وجوب اجر المثل فلانه سلم له المعقود
عليه واما انه لا يجاوز بالاجر المسمى فلان الاجارة

عما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه
بحط الزيادة **ولا يصح الجمع في الاجارة بين الوقت والعمل**
بدون حرف الظرف كما لو استاجر رجلا ليخبز له عشرة
اقفزة اليوم بدرهم وهذا عند ابي حنيفة وقالا
يصح لان المعقود عليه العمل وذكر الوقت للاستعجال
لا للتعليق لحق به حتى لو فرغ منه في نصف النهار
كان له الاجر كاملا ولو لم يفرغ في اليوم كان عليه
عمله الى الغد ولابي حنيفة ان ذكر الوقت دليل
كونه معقودا عليه ونفع المستاجر في الثاني ونفع
الاجير في الاول ولا ترجيح لاحدهما على الاخر
لان كل واحد منهما يقع معقودا عليه في باب
الاجارة فصار المعقود عليه مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة بان يقول المستاجر اذا فرغ
الاجير من العمل في اثناء النهار منافعك في بقية
المدة حقي باعتبار تسمية الوقت واذا استعملك
ويقول الاجير اذا لم يفرغ من العمل عند مضي اليوم
قد انتهى العقد بانتهاء المدة والجهالة المفضية
الى المنازعة مفسدة وانما قلنا بدون حرف الظرف
لانه روي عن ابي حنيفة انه قال اذا قال في اليوم
تصح الاجارة لان في للظرف لا للمدة فكان المعقود
عليه العمل بخلاف اليوم فانه للمدة وقد سبق نظيره
في الطلاق واجارة مسلم بيته ليباع فيه خمرا ونحو
حملها مكروه عند ابي حنيفة وفاسد عندهما
لان الحمل سبب للمعصية فكان معصية والعقد على
المعصية لا يصح وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم

عشرة في الخمر منهم حاملها وله ان العقد واقع على
الفعل وانه معلوم يصح العقد فيه والمعصية
والحرام هو الشرب والبيع وهو منفصل عما وقع
عليه العقد فلم يوجب الفساد فيه بل الكراهة
لان اللعن متعلق به لمعنى جاوزه كالبيع وقت النداء
فصل الاجير المشترك وهو من لا يجب عليه
ان يختص بواحد من الناس **لا يستحق الاجر الا بالعمل**
كخياطة هذا الثوب او صبغه لان المعقود عليه
حقيقة العمل او اثره **وله ان يعمل للعامة** اي لكل
احد لان منافعه غير مستحقة لواحد كالقصار ونحوه
وذلك لان المعقود عليه اذا كان هو العمل والوصف
الذي يحدث في العين بعمله لا يمتنع عليه ان يتقبل
مثل ذلك العمل لغيره لان ما استحقه اولا في حكم
الدين في ذمته ولهذا سمي مشتركا لان له ان يعمل لهم
شركاء تصير منافعه مستحقة لواحد **ولا يضمن ما
هلك في يده** من غير تعد منه **وان شرط عليه الضمان**
والمعنى ان المتاع في يده امانة عند ابي حنيفة
لحصول القبض باذنه لمنفعته وهي اقامة العمل
بينهما له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وبه اخذ
زفر والحسن ابن زياد واسحق والمزني والشافعي
في قول وهو القياس سواء هلك بامر يمكن التحرز
عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه
كالحريق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة وقال
ابو يوسف ومحمد انه مضمون عليه ان هلك بامر
يمكن التحرز عنه لان عليا رضي الله عنه كان

بضمن الصباغ والصائغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك
رواه البيهقي من طريق الشافعي وحكاه في الهداية
عنهما بهما واختار المتأخرون من اصحاب الصلح على
النصف بكل حال وافتوا به عملا باقوال الصحابة
والفقهاء بقدر الامكان كذا في جامع الفصولين
وغيره بل يضمن ما تلف بعمله كتخريق الثوب من
دق القصار وفساد المحمول من زلق الحامل او من
انقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق
السفينة وامتنعتها من مده الملاح او معالجته لان
ذلك من جناية يده وبه قال مالك واحمد والشافعي
في قول وروي عن عمر وعلي وعبيد الله بن عتبة
وشريح والحسن والحكم وقال زفر والشافعي في قول
لا يضمن وروي عن عطا وطاوس لو عرفت من
ريح او موج او صدم جبل وتلف ما فيها لا يضمن عند
ابي حنيفة ويضمن عند صاحبيه بناء على ضمان الأ
جير المشترك وعدمه الا الادمي فان الاجير
لا يضمنه اذا غرق في السفينة من مد الملاح لها
او سقط من الدابة بسوق المكاري او عطب بحجامة
الحجام او فصده لان الادمي لا يضمن بالعقد بل
بالجناية وان لم يتجاوز الاجير في عمله فيه الموضع
المعتاد تقيد به لان كلا من الحجام والفصاد يضمن
الادمي اذا تجاوز في عمله الموضع المعتاد والاجير
الخاص يستحق الاجرة بتسليم نفسه مدة اي
مدة العقد وان لم يعمل او عمل ونقص العمل كالاجير
شهرا للخدمة او لرعي الغنم ويسمى اجير واحد

لانه

لانه لا يمكنه في تلك المدة ان يعمل لغير المستاجر لان
العقد ورد على منافعه وذكر العمل لصرف المنفعة
المستحقة الى تلك الجهة وفي الذخيرة لو استاجره
يوما ليعمل في الصحراء فمطرت السما بعد ما خرج
الاجير الى الصحرا لا اجر له لان تسليم المنفعة في
ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتي الحبر
المرغيناني ولا يضمن الاجير الخاص ما تلف في يده بالاجماع
او بعمله المعتاد وهو قول مالك واحمد وظاهر
مذهب الشافعي وان ردد الاجر بترديد العمل بان ردد
بين نوعي عمل او بين داري او بين مسافتين
او حملين على دابة كان قال ان خطت هذا الثوب
فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين
وان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته
بزعفران فبدرهمين او قال ان سكنت هذه الدار
شهرا فبخمسة وان سكنت الاخرى فبعشرة
او قال ان سرت على هذه الدابة الى الكوفة فبكذا
او الى البصرة فبكذا او قال ان حملت عليها الى
كذا قنطارا من حديد فبكذا او من قطن فبكذا
يجب اجر ما عمل وكذا ان ردد بين ثلاثة وان ردد
بين اربعة لم يصح والاصل في ذلك البيع وقال مالك
والشافعي والثوري وابو ثور لا يصح العقد ويجب
اجر المثل اذا عمل وهو القياس لانه عقد معاوضة
لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم يصح كما لو قال
بعتك هذا بدرهم او هذا بدرهمين ووجه الاستحسا ن
ان الاجارة تجب الاجرة فيها بالعمل او عند العمل

تا يلزم من البدل معلوم فلا يبقى جهالة لا في
المعقود عليه ولا في بدله بخلاف البيع فان الثمن
فيه يجب بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما في
العقد يفسد وان ردد الاجر في عمله اليوم او غدا كان قال
ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف
درهم فقال ابو حنيفة الشرط الاول جائز والثاني
فاسد فله اي للاجر ما سمي ان عمل اليوم لصحة شرطه
وان اجر مثله ان عمل غدا لفساد شرطه ولا يجاوز المسمى
لتراضيهما عليه وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان
جائزان فله ما سمي في عمل اليوم ان عمل فيه وما
سمي في عمل الغد ان عمله في الغد وقال
زفر الشرطان فاسدان وله اجر المثل في عمل اليوم ان
عمله وفي عمل الغد ان عمله في الغد وهو قول مالك
والشافعي واحمد والثوري وابي ثور واسحق وهو
القياس ولا يسافر بعبد مستاجر من مولاه للخدمة
الا بشرطه اي السفر في العقد او رضاه فيما بعده لان
خدمة السفر تشتمل على زيادة مشقة فلا ينتظمها
اطلاق الخدمة ولهذا جعل السفر عذرا في فسخ
الاجارة فلا بد من اشتراطه كما في سكنى الحداد والقصار
في الدار ولو سافر به فهلك ضمنه لمولاه لانه صار
غاصبا ولو رده الى مولاه سالما لا اجر له عندنا
خلافا لمالك والشافعي واحمد لان الاجر والضمان
عندنا لا يجتمعان ثم الخدمة من السحر الى ان تنام
الناس بعد العشاء عملا بالعرف فيهما فصل
يفسخ الاجارة بعيب حدث او ظهر اخل بالنفع

كدبر

كدبر الدابة ومرض العبد للخدمة لان المعقود عليه
في باب الاجارة هو المنافع وهي توجد شيئا فشيئا فما
وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض بالنسبة الى
المنافع الاتية فيوجب الخيار كما اذا حدث في المبيع
قبل القبض فلو انتفع المستاجر بالمعيب او ازيل العيب
سقط خياره لانه بالانتفاع رضي بالعيب فيلزمه
جميع البدل كما في المبيع اما اذا لم يكن يخل به كما لو
سقط حائط من الدار لا يخل بالسكنى لم يكن للمستاجر
الفسخ ويفهم منه ان العيب المفوت لنفس المنفعة
تنفسخ به الاجارة من باب اولى كخراب الدار وبه كان
يفتي شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهر
زاده وقال بعض الاصحاب ينفسخ اجارة الدار
بمجرد الخراب وهو قول مالك والشافعي واحمد
لان المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة فاتت
قبل القبض فصار كفوات المبيع قبل القبض وكموت
العبد المستاجر والاول اصح لان المنافع فاتت على
وجه يتصور عودها فاشبه اباق المبيع قبل القبض
وقد روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم
فبناه المؤجر واراد المستاجر ان يمتنع منه وهذا نص
في انها لا تنفسخ بمجرد الخراب واذا انهدمت الدار المستاجرة
فانه يجوز له ان يفسخ الاجارة ويخرج منها وان كان
المؤجر غائبا فان بناها قبل الفسخ فكما تقدم ويفسخ
الاجارة بخيار الشرط وخيار الرؤية خلافا للشافعي
فيهما ويفسخ الاجارة بالعذر وهو اي العذر لزوم
ضرر لم يستحق بالعقد كسكون وجع ضرس استوجر

ان يسكنه ونقية المؤنة ولمن له ان يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستاجر حجر

شخص لقلعه ولحوق دين للموجر لا يقضى ذلك الدين
الا بثمن ما اجر من دار ودكان وسفر مستاجر عبد
استاجره للخدمة مطلقا اي غير مقيد بمكان او في المصر
لان خدمة السفر اشق فلا ينتظمها الخدمة المطلقة فضلا
عن المقيد بالمصر وفي منع المستاجر من السفر ضرر لم يستحق
بالعقد وافلاس مستاجر دكان ليتجر فيه وافلاس خياط
يشتري الثياب يخيطها ويبيعها استاجر عبدا ليخيط
له فترك ذلك الخياط عمله لاجل افلاسه وبدا بالمداي
ظهور اي مكتري الدابة يسافر عليها من سفره
اي بدل سفره بمعنى تبدل كما في قوله تعالى ورضيتم
بالحياة الدنيا من الاخرة متعلقة ببدا وانما كان هذا
عذرا لان المستاجر ربما كان يسافر للحج فذهب وقته
او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر بخلاف بدا المكاري
من سفره فانه ليس بعذر لامكان ان يبعث الدواب
مع اجيره وبخلاف ترك خياط مستاجر عبد ليخيط العمل
ذلك المستاجر في الصرف اي في صرف المنقود واللام
الثانية متعلقة بترك وانما لم يكن هذا عذرا لامكان
ان يخيط الغلام في ناحية وبخلاف بيع الموجر ما اجر فانه
ليس بعذر لامكان استيفاء المستاجر المنافع والعين
على ملك المشتري كما يستوفيها والعين على ملك البايع
في ظاهر الرواية لعدم منافاته لحقه وقيل يفسخه
كالاجارة وانما الخيار للمشتري ان شاء فسخ البيع وان
شاء صبر الى انقضاء الاجارة واخذ المبيع وان اجاز المستاجر
البيع يبطل اجارته فيما بقي من المدة لسقوط حقه
في ضمن اجازته عقدا ليس له بخلاف اجازة الاجارة

لان

لان العقد وقع له لوقوعه على ملكه واما لو اجر ما اجره
في مدة المستاجر فسخ عقده ان شاء لاستحقاقه المنفعة
دونه او اجاز واستحق الاجر لان عقده صار كعقد
الفضولي لصيرورته اجنبيا عن المنفعة في مدة
المستاجر وقال الشافعي لا يفسخ الاجارة بالعذر
لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان فكانت الاجارة
كالبيع وهو يفسخ بالعيب لا بالعذر فكذا الاجارة
وبه قال مالك واحمد وابو ثور ولنا ان العذر في الاجارة
كالعيب في المبيع قبل القبض لان المعقود عليه وهي
المنافع لا يصير مقبوضة الا بالاستيفاء والبيع يفسخ
بالعيب الحاصل قبل القبض فيفسخ الاجارة بالعذر
والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب العقد
الا بضرر زايد لم يستحق بالعقد وفي الجامع الصغير
وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا
يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي لانه بمنزلة
العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ
وفي الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجا رة
لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي
كالرجوع في الهبة قال شمس الايمة وهو الاصح ومنهم
من قال اذا كان العذر ظاهرا تنفسخ والا يفسخها
القاضي قال قاضي خان والمحبوبي وهو الاصح والعذر
الظاهر مثل الاستيجار لقلع الضرس فيسكن الوجع
او لطبخ الوليمة فيخالع المراة وينفسخ الاجارة بموت
احد عاقدين عقدها لنفسه وبه قال الثوري والليث
وقال مالك والشافعي واحمد وابو ثور واسحق لا ينفسخ

ويقوم وارثه مقامه سوا مات احدهما او كلاهما لان
المنافع عندهم كالاعيان والعقد على العين لا يبطل
بموت احد العاقدين فكذا العقد على المنافع وعندنا
عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث
المنفعة فاذا مات المؤجر بطلت لان المستحق بالعقد
المنافع التي تحدث على ملكه وقد فات ذلك بموته
لان الدار ينتقل الى وارثه ومنفعتها تحدث على
ملكه واذا مات المستاجر لو بقي العقد بعد موته
يبقى على ان يخلفه الوارث فيه فيكون المنفعة
المجردة موروثة وهي لا تورث **فان عقد** احد
العاقدين الاجارة **لغيره فلا** ينفسخ الاجارة بموته
لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود
له بطلت لما ذكرنا **كالوكيل** يعقدها لموكله **والوصي**
يعقدها للمحجور **ومتولي الوقف** يعقدها للوقف ولو
مات احد المستاجرين او المؤجرين بطلت الاجارة
في نصيبه وبقيت في نصيب الاخر في ظاهر الرواية
وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تبطل في نصيب
الحي ايضا لانها اجارة المشاع وبناء على ان عدم الشيوع
شرط صحة العقد في الابتدا لا في الانتها فلو مات
المكاري في بعض الطريق فللمستاجر ان يركب الى المكان
الذي جعله غاية السير حتى لو ماتت الدابة لم يضمنها
لوقوع الركوب بحكم الاجارة ولو استقبل المكاري في
الطريق لصوص لم يمكنه دفعهم وعلمه انه ان لم يطرح الحمل
اخذوا الدابة والحمل فطرح الحمل وفر بدابته لم يضمن لانه
لا يعد مقصرا في مثل هذه الحالة كما لا يضمن الراعي

لو ذبح ما خاف موته في المختار للفتوى **فلو قال** المالك
لغاصب داره فرغها والا اي وان لم يفرغها **فاجرتها**
كل شهر كذا فسكت ولم يفرغ يجب المسمى لان قوله والا
فاجرتها كل شهر كذا ايجاب معلق على عدم التفريغ
والاجارة يصح تعليقها بالشرط وسكوت الغاصب
مع عدم تفريغه رضا بذلك الايجاب وقبول له **وصح**
الاجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والوكالة والكفالة
والمضاربة والقضا والامارة والايصا والوصية
والطلاق والعتاق والوقف مضافة الى زمان
مستقبل اما الاجارة فلانها تمليك المنافع وهي تحدث
ساعة فساعة فيكون مضافا واما فسخها فمعتبر
بها واما المزارعة والمساقاة فكل منهما اجارة واما
الوكالة والمضاربة فلانهما من باب الاطلاق كالعتق
والوقف والطلاق واما الكفالة فلانها التزام المال
ابتداء فيجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر
واما القضا فلانه من باب الامارة وقد قال النبي صلى
الله عليه وسلم لما امر زيد بن حارثة في غزوة موته
ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة
واما الايصا والوصية فلان الايصا توكيل بالتصرف بعد
الموت والوصية تمليك بعده **لا البيع** اي لا يصح اضافة
البيع الى زمان مستقبل **واجازته** عند عقد الفضولي
وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة
والصلح على مال وابراء الدين لان هذه العشرة تمليكات
للحال فلا يضاف الى الاستقبال هذا ولا يضمن الاجير
لحفظ الخانات والسوق ما سرق منها في الصحيح لانه

بحرس الابواب اما الاموال فمحفوظة بالبيوت وهي في يد
ملاكها وهو قول الفقيه ابي جعفر وابي بكر البلخي وقال
غيرهما من المشايخ في حارس السوق يضمن لانه بمنزلة
الاجير المشترك ويضمن الخاتن بقطع الحشفة مع الجلدة
نصف الدية ان مات لانه مات من سببين جرح مأذون
فيه وهو قطع الجلدة وغير مأذون وهو الحشفة وان لم
يمت ضمن كل الدية لقطعه ما لم يؤذن له وان قطع بعضها
ولم يمت فعليه حكومة عدل ولو شرط عليه وعلى الفصاد
والحجام العمل السالم دون الساري لا يصح الشرط ويلزم
الحمال ادخال الحمل الى البيت لانه من تمام العمل ولا يلزمه
الصعود الى السطح ونحوه الا بالشرط في العقد لكونه
امرا زائدا ويلزم موجر الدار فعل ما يخل تركه بالسكنى
كالعمارة واصلاح الميزاب وغلق الباب وسترة
السطح والسلم ويلزمه اخراج ما في المخرج وهو موضع
قضاء الحاجة ولو كان امتلاؤه من المستاجر لانه من جملة
منافع السكنى فان ابى لا يجبر على اخراجه لان الانسان
لا يجبر على ان يعمل في ملكه فيما لا ينتفع به ويجوز للساكن
الخروج منها حينئذ لاخلاله بالانتفاع بها ولو اصلحه
هو يكون متبرعا ولا يحسب له من الاجرة لفعله بغير
اذن المالك وهذا اذا لم ير هذه العيوب وقت الاجارة
فان راها حينئذ فلا خيار له لرضاه بالعيب ولا يضمن
دلال رفع المتاع الى من يشتريه لينظره فذهب به من
بين يديه ولم يظفر به للاذن له عادة بالدفع لمن يريد
الشراء ولم يقصر في الحفظ حيث لا يلتهي عنه بغيره
وكذا لا يضمن اذا سرق ثمن المتاع منه وان عين المنام

له مكان

له مكان النهر ليحفر فيه فحفر في غيره لم يستحق عليه
شيئا لعدم اتيانه بما امره به وان لم يذكر مكانه ولا
وصفه انصرف اطلاقه الى مقبرة محلته والمعتاد
من صفته في العمق والوسع واستحق الاجر انما فعل
كذلك لان المطلق ينصرف الى المتعارف الاعم والله
اعلم **كتاب العارية** هي لغة بالتشديد ويخفف
منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب على ان
اصل العار العور وشرعا **تمليك نفع بلا عوض** فخرج
تمليك العين كالبيع والهبة وتمليك النفع بعوض
كالاجارة وقال الكرخي هي اباحة الانتفاع لا تمليك
المنفعة وهو قول الشافعي واحمد لان المستعير
لا يملك الاجارة من غيره ومن ملك شيئا ملك تمليكه
من غيره بعوض ولنا ان المستعير انما لا يملك الاجارة
لما فيها من الضرر بالمعير لانه ملك المستعير المنافع
على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء فلو ملك هو
المستعير الاجارة لم يتمكن المعير من ذلك وهي مشروعة
بالكتاب وهو قوله تعالى ويمنعون الماعون فانه
تعالى ذم على منع الماعون الذي هو عدم اعارته
فيكون اعارته محمودة وبالسنة وهي ما روى البخاري
عن انس قال كان فزع بالمدينة فاستعار النبي صلى
الله عليه وسلم فرسا من ابي طلحة يقال له المندوب
فركبه فلما رجع قال ما راينا من شيء وان وجدناه لبحرا
اي الفرس سريعا كجريان البحر وبالاجماع فان الامة
اجمعت على جوازها وانما اختلفوا في كونها مستحبة
وهو قول الاكثر او واجبة وهو قول البعض **وتصح**

باعرتك لانه صريحها **او منحتك** ثوبي هذا لان اصل
المنح ان يعطي الرجل اخر ناقته او شاة ليشرب
لبنها ثم يردها اذا فرغ ثم وعي فيه اصل الوضع وحمل
على العارية اذا لم يرد به الهبة **واطعمتك ارضي** لان الاطعام م
اذا اضيف الى ما لا يطعم كالارض يراد به اكل غلتها
اطلاقا لاسم المحل على الحال **وحملتك على دابتي**
هذه لانه يقال في العرف حمل فلان فلانا على دابته
اذا اعاره اياها واذا وهبه اياها فاذا نوى احدهما
صحت نيته واذا لم ينو حمل على الادنى لئلا يلزم الاعلى
بالشك **واخدمتك عبدي** لان هذا اذن في استخدامه
وهو عارية **وداري لك سكني** اي من جهة السكنى
فداري مبتدا ولك خبره وسكنى تمييز عن النسبة
الى المخاطب لان قوله لك يحتمل ان يكون له رقبتها
وان يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم في المنفعة
فهو معين للثاني بحكم التفسير فيكون عارية **وعمرى
سكنى** اي وداري لك عمرى سكنى فقال اعمره
الدار اي قال له هي لك مدة عمرك والعمرى اسم
منه فيصير معناه جعلت سكناها لك مدة عمرك
ويرجع المعير متى شاء سواكانت العارية مطلقة
او موقتة لان المنافع يحدث شيا فشيا وثبوت الملك
فيها بحسب حدوثها فالرجوع بالنسبة الى المنافع التي
لم تحدث فيكون امتناعا عن تمليكها وله ولاية ذلك
ولا يضمن بلا تعد ان هلكت وبه قال مالك والثوري
والاوزاعي وروي عن علي وابن مسعود والحسن والنخعي
وعمر بن عبد العزيز وشريح وقال الشافعي ان هلكت

من الاستعمال المعتاد لا يضمن وان هلكت من غيره يضمن
وحاصل الخلاف ان العارية امانة مطلقا عندنا الا وقت
استعمالها فقط كما قاله الشافعي وهو قول ابن عباس
وابي هريرة وعطا واسحاق لقوله عليه السلام اد الامانة
الى من ايتمنك ولا تخن من خانك رواه الترمذي وقال
حديث حسن غريب وقوله عليه السلام على اليد
ما اخذت حتى تؤديه رواه ابن ابي شيبة ولما روى
ابو داود والنسائي عن صفوان بن امية ان النبي صلى
الله عليه وسلم استعار منه دروعا يوم حنين فقال
اغصبا يا محمد قال بل عارية مضمونة ولنا ما روى ابو
داود والترمذي وقال حديث حسن عن ابي امامة
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث
الى ان قال العارية مؤداة والمنحة مردودة وما في
مصنف عبد الرزاق عن عمر بن الخطاب قال العارية
بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها الا ان يتعدى وعن
علي ليس على صاحب العارية ضمان والحديثان اللذان
رووهما ولا انما يقتضيان وجوب رد العين ولا كلام
فيه وانما الكلام في وجوب ضمان القيمة بعد هلاكها
وما رووه من حديث صفوان معارض بما روى احمد
في مسنده والحاكم في مستدركه وسكت عليه وابن
حبان عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم استعار من صفوان بن امية ادرعا وسلاحا
في غزوة حنين فقال يا رسول الله اعارية مؤداة
قال نعم عارية مؤداة ويجاب عنه بانه عليه السلام

اخذ دروع صفوان بغير رضاه ولذا قال اغصبا يا محمد
لانه صلى الله عليه وسلم كان محتاجا الى السلاح فكان
الاخذ له حلالا ولكن بشرط الضمان كاخذ طعام الغير
في حال المخمصة وقيل المراد ضمان الرد بدليل قوله
عليه السلام اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلاثين بعيرا
وثلاثين درعا قال فقلت يا رسول الله اعارية
مضمونة او عارية مؤداة قال مؤداة رواه ابو داود
والنسائي وابن حبان في صحيحه وقيل كان هذا
منه عليه السلام اشتراطا للضمان على نفسه
وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط ولكن صفوان
كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من
الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين وقيل المستعير
وان كان لا يضمن لكن يضمن بالشرط كالمودع على
ما ذكره في المنتقى وقيل انما قال ذلك تطييبا
لقلب صفوان على ما روي انه هلك بعض تلك
الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمنا(ها)
لك فقال لا فاني اليوم ارغب في الاسلام مما كنت
يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء
والابراء **ولا تؤجر** العارية لانها غير لازمة وهي
في الاصل والاجارة لازمة واجارتها تمليك وكذا
لا ترهن العارية اتفاقا لان الرهن لازم وهي
غير لازمة **فان اجرها** المستعير **فعطبت ضمنه**
المستعير المعير لانه صار غاصبا بتعديه **ولا يرجع**
المستعير **على احد** لانه ظهر انه اجر ملك نفسه **او ضمن**
المستعير **المستاجر** لانه قبض ملكه بغير اذنه فكان

كالمستاجر

كالمستاجر من الغاصب **ويرجع المستاجر على موجره**
ان لم يعلم انه عارية لكونه مغرورا من جهة موجره
دفعا للضرر الغرور عن نفسه واذا علم انه عارية
فلم يرجع لان الموجر حينئذ لم يكن منه غرور وصار
كالمستاجر من الغاصب اذا كان عالما بالغصب **ويعار**
من العارية **ما اختلف استعماله** باختلاف المستعمل
كركوب الدابة ولبس الثوب **او لا** اي لم يختلف كالحمل
على الدابة والاستخدام والسكنى **ان لم يعين** المعير
منتفعا وبه قال مالك والشافعي في وجه لان
العارية تمليك المنافع وقد صدرت مطلقة والمالك
له ان يملك غيره والاصح في مذهب الشافعي وهو
قول احمد انها لا تعار بناء على ان الاعارة اباحة المنافع
والمباح له ليس له ان يبيح لغيره **و** يعار من العارية
ما لا يختلف استعماله **ان عين** المعير منتفعا لان
التقييد بالمنتفع فيما لا يختلف استعماله لا يفيد
لعدم التفاوت بخلاف ما يختلف استعماله لان
المعير رضي بذلك المعين دون غيره **وكذا الموجر**
بفتح الجيم اي حكمه حكم المعار ان لم يعين الموجر
المنتفع فللمستاجر ان يعيره سواء اختلف استعماله
او لا وان عين لا يعيره الا ما لا يختلف استعماله لان
الاجارة تمليك المنافع كالاعارة الا ان الاجارة بعوض
والاعارة بلا عوض **فمن استعار دابة او استاجرها**
مطلقا اي من غير تعيين انتفاع او منتفع **يحمل ويعير**
للحمل **ويركب** بفتح الباء والكاف **ويركب** بضم الباء
وكسر الكاف عملا بالاطلاق **واياً فعل** من الحمل والركوب

اولاركاب تعين في المصحيح فليس له ان يفعل غيره
وضمن بغيره ان عطبت لان ما وقع اولا تعين مرادا
بالعقد فصار كانه منصوص عليه وان اطلق المعير الاستعا
في الوقت متعلق باطلق وفي النوع والقدر انتفع المستعير
ما شاء من انواع الانتفاع اي وقت شاء عملا بالاطلاق
وان قيد المعير الانتفاع بوقت كيوم او جمعة او مكان
كطريق مكة او نوع منفعة او بهما ضمن المستعير
بالخلاف الى شر عملا بالتقييد فقط اي ولا يضمن
بالخلاف الى خير ولا الى مساو لان الاذن بالشيء
اذن بما يساويه وبما هو خير منه كمن استعار دابة
ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة فحملها قفيزا
من حنطة اخرى او حمل مثل ذلك شعيرا وهذا
استحسان ويضمن قياسا لانه مخالف فان عند
اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والمضرة الا ترى
ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار
لم ينفذ بيعه ووجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك
في تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة الضرر
عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون
اخف على الدابة وكذا تقييد الاجارة بنوع او قدر
او وقت او مكان فان وافق المستاجر او خالف الى
مثل او الى خير لا يضمن وان خالف الى شر يضمن ھ
واختلفوا في ايداع المستعير فقال جماعة منهم الكرخي
ليس له ذلك مستدلين بمسئلة الجامع وهي ان
المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد اجنبي
فهلكت بيده يضمن المستعير العارية وليس ذلك
منه

منه الا ايداعا قال الباقلاني وهذا القول اصح لان
الايداع تصرف في ملك الغير وهو العين بغير
اذنه قصدا بخلاف الاعارة فانها تصرف في المنفعة
قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا واكثرهم
على انه له ذلك منهم مشايخ العراق وابو الليث
وابو بكر محمد بن الفضل وبرهان الائمة لان الايداع
دون الاعارة لان العين وديعة عند المستعير
في العارية فاذا ملك الاعلى فاولى ان يملك الادنى
قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى ومسئلة له
الجامع محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة
فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها
بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت
في يده فكذا اذا تركها في يد اجنبي وردها مستعيرا
اي رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها
اي مربط دابته او مع عبده اي عبد المستعير
او اجيره مسانهة او مشاهرة او مع اجير ربها
اي رب الدابة او مع عبده سواء كان يقوم على دابته
او لا يقوم عليها تسليم خبر المبتدا والقياس ان
يضمن المستعير اذا رد الدابة الى اصطبل مالكها
فهلكت او رد العبد المستعار الى دار مالكه
فتلف وهو قول الشافعي واحمد لان الواجب
عليه الرد الى المالك او نائبه ولم يوجد فيضمن
كما في الوديعة والمغصوب والمرهون فانه
لا يبرأ فيها الا بالتسليم الى المالك دون الرد

الي داره اتفاقا ووجه الاستحسان انه اتي بالتسليم
المتعارف لان رد العواري الي دور مالكها متعارف
كالة البيت والناس يحفظون دوابهم في مرابطها
وهو لو سلمها الي مالكها لردها الي اصطبلها
وقيل هذا في زمانهم واما في زماننا فلا يبرا الا بالتسليم
الي يد صاحبها واما عبد المستعير او اجيره مسانهة
او مشاهرة فلانه من عيال المستعير وله ردها بيد
من في عياله كما للمودع لان حفظ الوديعة بهم واما
الاجير بالمياومة فلا يعد من العيال واما اجير
لرب الدابة او عبده فقياس قول الشافعي انه
يضمن كما في الوديعة ووجه مذهبنا وهو قول
احد ان مالك الدابة راض به عادة والاصل ان
مونة الرد علي من وقع القبض له لان الخراج بالضمان ن
والرد واجب ولقوله عليه السلام علي اليد ما اخذت
حتي تؤديه فاذا ثبت هذا اتضح هذه المسايل
كرد مستعار غير نفيس كفاس وغربال ونحوهما
الي دار مالكه فانه يكون تسليما لمالكه اتفاقا لان
الدار في يد مالكها فكان الرد اليها ردا اليه واما
النفيس كالمصحف والجوهر فلا يسلم في العادة الا الي
يد مالكه وعارية النقدين والمكيل والموزون والمعدود
المتقارب اذا اطلقت الاعارة قرض وتسميتها عارية
مجاز لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بهذه
الاشيا الا باستهلاك عينها فتقتضي اعارتها
تمليكها وذلك بالهبة او العرض والقرض ادناهما
فيثبت واما لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او

ليزين بها دكانا فان ذلك اعارة لا قرض ويكون المنفعة
المسماة وصح اعارة الارض للبنا والغرس لان كلا منهما
منفعة معلومة تملك بالاجارة فتملك بالاعارة بل اولي
لانها تبرع وللمعير ان يرجع بعد ان بني المستعير
او غرس لان عقد الاعارة غير لازم ويكلف المعير
المستعير قلعهما اي البنا والغرس لانه يشغل ارضه
بهما وضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس
بالقلع بان يقوم قايما غير مقلوع لان القلع غير
مستحق قبل الوقت ذكره في شرح الكنز والمعني
بكم تشتريان شرط قيامهما الي المدة المضروبة
وفي القدوري اذا كانت قيمتهما وقت مضي المدة
المضروبة عشرة دنانير مثلا وحين قلعهما ثمانية
يرجع بدينارين وفي المبسوط يتملكهما به الا ان
يرفعهما المستعير ولا يضمنه قيمتهما قبله ذلك لانه
ملكه ان وقتها المعير الاعارة وقال زفر لا يضمن لان
التوقيت والاطلاق فيها سوا لبطلان التاجيل
في العواري ولنا ان المعير بالتوقيت غار للمستعير
لانه نص علي ترك الارض في يده وقرار بنائه
وغرسه فيها المدة التي سماها وللمغرور ان يدفع
الضرر عن نفسه بالرجوع علي الغار وكره للمعير
ان كان وقت الرجوع عن الاعارة قبله اي قبل الوقت
الذي وقتها به لان فيه خلف الوعد قيد الضمان
بالموقتة لان المعير لا يضمن المستعير شيا من البناء
او الغرس ان لم يوقت لان المستعير حينئذ مغتر
لا مغرور لانه اعتمد الاطلاق في العقد وقال

مالك ليس له الرجوع متى شا لانه غير متعد فيه
فلا يكون لصاحب الارض ان ياخذها ما لم يفرغها
المستعير قلنا الارض على ملك صاحبها والعارية
لا يتعلق بها اللزوم وقال ابن ابي ليلى البنا للمعير
ويضمن قيمته مبنيا لصاحبه لان دفع الضرر في
الجانبين واجب وانما يندفع بهذا قلنا صاحب
الارض لم يرض بالتزام قيمة البنا ففي الزامه به
ضرر عليه فلا يصار اليه بدون تحقق الضرورة
ولا ضرورة هنا لان رفع البنا وتمييز ملك احدهما
من الاخر ممكن ولو اعار ارضا للزرع لا ياخذ المعير
الارض حتى يحصد الزرع وقت اولا لان للزرع نهاية
معلومة فيترك اليها باجر المثل مراعاة للحقين
فكان اولى من القلع واجرة رد المستعار والمستاجر
والمغصوب على المستعير والموجر والغاصب
كما تقدم والله سبحانه اعلم كتاب الوديعة هي
لغة فعيلة بمعنى المفعولة مشتقة من الودع
وهو الترك وقد جاء في الحديث لينتهين قوم
عن ودعهم الجماعات اي عن تركها وقرئ قوله
تعالى ما ودعك ربك وما قلى بتخفيف الدال
ما تركك وما ابغضك وشرعا امانة تركت للحفظ
مالا كان او غيره بشرط ان يكون قابلا لاثبات
اليد لتمكن حفظه حتى لو اودع الابق المال الساقط
في البحر لم يصح وكون المودع مكلفا لوجوب الحفظ
عليه وشرعية الايداع بقوله تعالى ان الله يامركم
ان تودوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون

الا بعدها

الا بعدها ولان قبول الوديعة من باب الاعانة وهي
مندوبة لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى
وقوله عليه السلام الله في عون العبد ما دام
العبد في عون اخيه وضمانها كالعارية فلا يضمن
ان هلكت من غير تعد لما روى ابن ماجة في سننه
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال من اودع وديعة فلا ضمان عليه
وقال مالك اذا سرقت الوديعة من عند المودع ولم
يسرق معها مال ضمن للتهمة قلنا هو متبرع
في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمان على
المتبرع لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير
المغل الخائن والاغلال الخيانة وله اي للمودع حفظها
اي الوديعة بنفسه وبمن في عياله من زوجته وولده
والدابة واجيره الخاص الذي استاجره مشاهرة او مسا نهة
والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للمنفعة وان
نهى عن حفظها بهم وقال الشافعي ليس للمودع
ان يدفعها الى من في عياله لان مالكها رضي بحفظه
لا بحفظ غيره ولنا ان الواجب عليه ان يحفظها حفظ
مال نفسه وهو يحفظه بعياله ولان المودع لا يمكنه
ملازمة بيته لحفظ الوديعة ولا استصحابها معه
في خروجه فلم يكن له بد من حفظها بمن في عياله وفي
الذخيرة الدفع الى من في العيال انما يجوز اذا كان امينا
ولو دفعها المودع الى امين من امنائه ليس في عياله
يجوز وعليه الفتوى وللمودع السفر بها اي بالوديعة
وان كان لها حمل ومؤنة عند عدم النهي من صاحب

الوديعة وعدم الخوف بان كان الطريق امنا لا يقصده فيه
احد بسوء غالبا ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه او
برفقته وقال ابو يوسف له السفر بها فيما لا حمل
ان كانت المسافة قصيرة وان كانت طويلة فليس
له ذلك فيما له حمل ومونة وقال محمد ليس له السفر
بها فيما له حمل ومونة اذ الظاهر من حال صاحبها
لانه لا يرضى بها وصار كالوكيل بالبيع ليس له السفر
بالمبيع وان سافر به ضمن وقال الشافعي ليس
له ذلك مطلقا لان المتعارف هو الحفظ في الامصار
دون المفازات والاسفار وقال مالك ليس له ذلك
اذا اقتدر ان يردها على صاحبها او وكيله او الحاكم
او امينه ولابي حنيفة انه امره بالحفظ من غير
تقييد فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد
بزمان دون زمان فقيد بعدم النهي وعدم الخوف
لان المودع ليس له السفر بالوديعة اذا نهاه ربها
عنه بلا خلاف بين العلما ولو حفظ المودع بغيرهم
اي بغير نفسه وعياله ضمن لان المالك رضي بيده
لا بيد غيره والايدي تختلف بالامانة الا اذا خاف
المودع على الوديعة الحرق بان وقع حريق في داره
او خاف عليها الغرق بان كان في السفينة وهاجت
الريح فوضعها عند جاره في خوف الغرق او في
فلك اخرى في خوف الغرق فانه لا يضمن لان فعله هذا
يتعين للحفظ فصار ماذونا له دلالة وفي النهاية
عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس
في عياله ودفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله

وليس

وليس لا يضمن لانه حفظها مثل ما يحفظ ماله ولا يجب
عليه اكثر من ذلك ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى
التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لا يشترط
في التحفة الحفظ بالعيال بل قال ويلزم المودع اذا
قبل الوديعة حفظها على وجه الذي يحفظ ماله
فان جحدها اي المودع الوديعة بعد طلب ربها حال كون
المودع قادرا على التسليم او جحدها ربها سواء اقر بها
بعد الجحود او لا قيد فا الجحود بكونه مع رب الوديعة
لانه لو كان مع غيره بان قال له اجنبي اعندك وديعة
لفلان فقال ليس لفلان عندي وديعة لا يضمن
خلافا لزفر هو يقول الجحود سبب الضمان سوا
كان عند المالك او غيره كالاتلاف حقيقة ولنا
ان الجحود عند غير المالك من باب الحفظ لانه يقطع
طمع الطامعين عنها وبه قال مالك والشافعي
واحمد او خلط المودع الوديعة بماله حتى لا يتميز كالحنطة
بالحنطة او بغير جنسه كالحنطة بالشعير وكخلط
المايع بغير جنسه مع خلط الزيت بالشيرج واسند
الخلط الى المودع لانها لو اختلطت بماله بغير
فعله كان شريكا لصاحبها باتفاق وقيد ذكر
المصنف هذا او قيد الخلط بعدم التميز لانه لو
خلطها وكان يتيسر تميزها كما لو خلط الدراهم
البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز
لم ينقطع حق المالك بالاتفاق لتمكنه من الوصول
الى عين ملكه بالاخراج او تعدي بلبس الثوب
المودع وركب الدابة المودعة او حفظ الوديعة

في دار امرئ اي بالحفظ في غيرها وجعلها بتشديد
الهاء الاولى اي لم يبين انها وديعة عند الموت ضمن
مثلها لو مثلية وقيمتها لو قيمية جواب الشرط
الذي هو فان حبسها وما عطف عليه وخيره
بين المشاركة والتضمين وان ازال المودع التعدي
بان ترك لبس ثوب الوديعة او ركوب دابتها
زال ضمانه وقال الشافعي لا يزول وبه قال مالك
في رواية واحد وان اختلطت الوديعة بمال المودع
بلا فعل كما لو انشق الكيس في صندوقه فاختلطت
بدراهم اشتركا بقدر ملكيهما ولا يضمن المودع لعدم
الصنع منه وهذه شركة املاك حتى لو هلك بعضها
هلك من مالهما ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان
لكل منهما ولا يدفع المودع الى احد المودعين نصيبه
من الوديعة بغيبة الاخر ولو دفعه بعينه يضمن
وهذا عند ابي حنيفة وهو مروي عن علي كرم
الله وجهه وفيه حكاية وهي ان رجلين دخلا حماما
واودعا عند الحمامي الفا فخرج احدهما وطلبها منه
واعطاه اياها وذهب ثم خرج الاخر فطالبه بها
فتحير الحمامي فذهب الى ابي حنيفة فقال له
ابو حنيفة قل له كلاكما اودعتماني فلا اعطيك حتى
يحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي وقال
ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي يدفع اليه نصيبه
ولا يضمن سواء يكون من ذوات الامثال او من ذوات
القيم عند بعض المشايخ والصحيح ان الاختلاف فيما
هو من ذوات الامثال وفيما عداه كالثياب والدواب

والعبيد

81

والعبيد ليس للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاتفاق ولاحد
المودعين دفعها الى الاخر فيما لا يقسم كالعبد والثوب
والحيوان لان المالك رضي بيد كل منهما على كلها
لانه اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان الليل والنهار
على حفظها ودفع نصفها فيما يقسم لان المالك
لما اودعهما مع علمه انهما لا يقدران على ترك اشتغا لهما
ويجتمعان في مكان واحد للحفظ كان راضيا بقسمتها
وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت
بالدلالة كالثابت بالنص وضمن دافع الكل الى الاخر
عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن دافع الكل الى الاخر
فيما يحتمل القسمة كما لا يضمن فيما لا يحتملها لان
المالك رضي بامانتهما لا قابضه اي لا يضمن عند ابي
حنيفة قابض الكل لتعديه بالقبض لانه مودع
المودع ومودع قد يأتمن الانسان الرجل على ماله
ولا يأتمن عليه عياله المودع لا يضمن عنده ولا اعتبار
للنهي اي لنهي رب الوديعة المودع عن الدفع الى من
لا بد للمودع من حفظه كان قال لا تدفعها الى امرأتك
او احد من عيالك فان هذا الشرط مفيد اذ قد يأتمن
الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن عليه عياله الا انه
انما يلزم مراعاته بحسب الامكان فاذا لم يمكن الحفظ
بدونه صار النهي عن الدفع اليه كالنهي عن الحفظ
فكان مناقضا لاصله فيبطل فلا يضمن اذا هلكت
استحسانا ويضمن في القياس لانه استحفظ من
استحفظ منه ويوجد وجه القياس قوله تعالى ولا
تؤتوا السفهاء اموالكم والمراد النساء فاذا كان

هو منهيا عن دفع مال نفسه الي امرأته فما ظنك في مال
غيره ووجه الاستحسان ما تقدم والله اعلم ولا للنهي
عن الحفظ في بيت من دار لان البيتين في دار واحدة
لا يختلفان في الحرز فصار الشرط غير مفيد فلا يعتبر
كما لو قال احفظها بيمينك دون يسارك او في هذا
الصندوق في هذا البيت فحفظها في صندوق اخر
الا ان يكون به اي بذلك البيت الذي نهي عنه خلل ظاهر
فان النهي معتبر حينئذ وكذا اذا نهاه عن الحفظ في
دار اخري اعتبر النهي حتي لو خالف ضمن ولو اودع المو[دع]
الوديعة عند من ليس في عياله فهلكت ضمن المالك
الاول عند ابي حنيفة وعندهما ضمن ايهما شاء
كما قال مالك والشافعي ولو اودع الغاصب المغصوب
فهلك ضمن المالك ايهما شا باتفاقهم ثم مودع الغاصب
ان لم يعلم انه غاصب يرجع علي الغاصب قولا واحدا وان
علم فكذا في الظاهر وحكي ابو اليسر انه لا يرجع واليه
اشار شمس الايمة ثم اعلم ان الايداع يكون بالايجاب
والقبول تارة كاودعتك هذا المال وقول الاخر
قبلت وبالدلالة اخري كوضع المتاع عند الغير وهو
ساكت لانه يعد قبولا عرفا ولو وضعه عند جماعة
يتبين له حافظا اخرهم قياما وانصرافا ولا ضمان علي
من دفع ما عنده من الامانة الي سلطان جابر هدده
علي دفعه اليه بقطع يده او ضربه خمسين سوطا لعدم
قدرته علي دفعه فلم يكن مقصرا في حفظه والله
سبحانه اعلم

كتاب الغصب

هو لغة
اخذ الشيء ظلما وقهرا مالا كان او غيره وتسمي المغصوب

غصبا

غصبا تسمية للمفعول بالمصدر وشرعا اخذ مال
متقوم محترم علنا بلا اذن مالكه بزيل يده اي علي
وجه يزيل ذلك الاخذ يد مالك المال عن المال
حتي كان استخدام العبد بغير اذن مالكه ولبس
الثوب والحمل علي الدابة غصبا بالاتفاق لقصر يد
المالك عنها واثبات يده عليها دون الجلوس علي
بساط غيره وفراشه بلا نقل عن محله فخرج بالاخذ
ما صار مع المغصوب بغير صنع الغاصب كما لو غصب
دابة فتبعتها اخري فانه لا يضمنها وبالمال نحو
الميتة والحر وبالمتقوم الخمر وبالاحترام مال الحربي
وبالعلن السرقة وبعدم اذن المالك الوديعة
والعارية والمستاجر والموهوب ونحوها وقوله
يزيل يده لما تقدم وللاحتراز عن اخذ العقار لعدم
تحقق ازالة اليد فيه لانها انما يكون بالنقل
والتحويل ولان الغصب عندنا ازالة اليد المحقة
عن العين باثبات اليد المبطلة او قصرها ومنعها
عنه وعند مالك والشافعي اثبات اليد المبطلة
من غير شرط ازالة المحقة وفايدة الخلاف تجب
زوايد المغصوب كالولد وثمرة البستان والسمن
والجمال فانها غير مغصوبة عندنا فلا يكون مضمونة
سوا كانت متصلة او منفصلة الا بالتعدي هو
عليها بالاتلاف او للمنع بعد طلب المالك واما بدونهما
فلا يكون مضمونة سوا كانت متصلة لعدم ازالتها
وقصر يده عنها لانعدام ثبوتها عليها ومغصوبة
عنده فيكون مضمونة لاثبات اليد المبطلة

ولا غصب في العقار عا تقدم لما ان الغصب بما ينقل
حتى لو هلك العقار بآفة سماوية او انهدم بناء
الدار بسيل في يده اي بيد اخذه قهرا من مالكه
لا يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد في العقار الغصب ويضمن بالهلاك في يد
اخذه قهرا عن مالكه وهو قول ابي يوسف اولا
وبه قال مالك والشافعي واحمد لانه اثبت يده
على وجه يضمن تفويت يد المالك عنه فانعقد
ذلك سببا للضمان كما في المنقول ولابي حنيفة
ان الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة
لان الواجب ضمان جبر فيعتمد التفويت وازالة
يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل وذا لا يتصور
في العقار وانما يتصور فيه منع المالك عنه ومنع
المالك يتصرف فيه لا في المحل وصار كما لو بعد المالك
عن مواشيه حتى تلفت لذلك واما قوله عليه السلام
من غصب شبرا من ارض طوقه الله يوم القيامة
من سبع ارضين فلا يدل على انه يتحقق فيه الغصب
الموجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر في
حديث من باع حرا قال ابن الاثير طوقه من سبع
ارضين اي يخسف الله به الارض فيصير البقعة
المغصوبة منها في عنقه كالطوق ويؤيده انه في رواية
للبخاري خسف به الى سبع ارضين وفي مسند ابن
ابي شيبة من غصب شبرا من ارض جاء به اسطاما
في عنقه والاسطام كالحلق من الحديد وقيل هو ان
يطوق حملها يوم القيامة اي يكلفه فيكون من

طوق

طوق التقليد فهذا والحديث المذكور هو حجتنا في ذلك
لانه عليه السلام بين جزاء غاصب العقار الوعيد
في العقبى ولم يذكر الضمان في الدنيا فذلك دليل
على ان المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا
لكان الاولى ان يبينه لان الحاجة اليه امس وما
نقص العقار بفعله او سكناه في الدار وزرعه
في الارض يضمن عندهم جميعا لانه اتلاف
والعقار يضمن بالاتلاف اتفاقا كما اذا نقل ترابه
لانه فعل في العين وجاز ان لا يضمن بالغصب
ويضمن بالاتلاف كالحر واستخدام العبد والحمل على
الدابة غصب لا جلوسه اي ليس جلوس الجالس
على البساط الذي لغيره غصبا له لانه بجلوسه
عليه لم يفعل فيه شيئا يكون به مزيلا ليد مالكه
وبسط البساط فعل مالكه فتبقى يده فيه ما بقي
اثر فعله بخلاف استخدام العبد والحمل على الدابة
فانه بالتصرف فيهما اثبت يده عليهما وذلك
موجب لقصر يد مالكها عنهما وحكم الغصب
الاثم لمن علم اي ذلك الفعل غصب والغرم عليه
باجماع الامة ورد العين لو كان غصبه حال كونها
قائمة والغرم حال كونها هالكة لمن علم ولمن لا يعلم
بان ظن ان الماخوذ ماله او اشترى عينا فاستحقت
لان هذا حق العبد وهو لا يتوقف على العلم والقصد
بالاجماع اما رد العين فلقوله عليه السلام لا يحل
لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه
فليرده اليه ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت

حتى تؤديه واما غرمه فلانه يقوم مقام عينه
عند العجز عنها فان تنقص ضمن نقصه اعتبارا للجزء
بالكل ويجب على الغاصب اذا عجز عن رد العين المغصوبة
هالكة بان تلفت في يده بفعله او بفعل غيره المثلي في المثلي
كالمكيل والموزون والعددي المتقارب لقوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم وقال زفر ومالك عليه ضمان قيمته فان انقطع
المثلي عن ايدي الناس بان نفد بها كالرطب ونحوه
فقيمته تجب يوم يختصمان عند ابي حنيفة ومالك
وبعض اصحاب الشافعي وقال ابو يوسف يوم الغصب
وقال محمد يوم الانقطاع وبه قال احمد وبعض اصحاب
الشافعي وفي غير المثلي تجب قيمته يوم غصب كالعددي
المتفاوت والثياب والدواب فان ادعى الغاصب
الهلاك حبس لان الهلاك عارض والاصل عدمه حتى
يعلم انه اي المغصوب لو بقي لظهر ثم تقضى عليه بالبدل
لان الحق متعلق بالعين وللناس اغراض في الاعيان
فلا يقبل قول الغاصب في هلاكها حتى يحصل به
عليه ظن اما باقامة بينة واما بمضي مدة ومدة
ذلك موكولة الى راي القاضي فاذا علم الهلاك سقط
رد عينه ولزم رد بدله وهذه المسألة تدل على ان الموجب
الاصلي رد العين والقول فيه اي في البدل للغاصب
مع يمينه ان لم يقم المالك حجة على الزيادة لان المالك
يدعي الزيادة في القيمة على الغاصب بلا حجة وهو
ص ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه ولو اقام الغا
البينة لا يقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي

ل

لا تقبل فان ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما ضمن الغاصب
وقد ضمن الغاصب بقوله اي بقول نفسه مع يمينه
اخذه المالك ورد بدله بهذا القدر لم يتم لانه كان ادعى
الزيادة وانما اخذ دونها لعدم البينة له عليها او بمضي
الضمان وكذا لو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه
الغاصب او دونه على الاصح وقال الكرخي لا خيار للمالك
في المثل والدون لانه توفر عليه بدل ملكه بكماله وان
ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما ضمن الغاصب وقد ضمن
الغاصب لا بقوله بل بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول
الغاصب عن اليمين فهو للغاصب ولا خيار للمالك لانه
رضي بالمبادلة فيه بهذا القدر حيث ادعاه ولم يدع زيادة
عليه وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد له الخيار لعدم
زوال ملكه عندهما عنه ولقوله تعالى يا ايها الذين امنوا
لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم فانه تعالى جعل اكل مال الغير قسمين قسم
بالباطل وقسم بالتجارة الا ان تكون تجارة عن تراض
وهذا ليس بتجارة عن تراض فيكون اكلا بالباطل والمعنى
فيه ان الغصب عدوان محض لانه ليس فيه شبهة الاباحة
بوجه ما فلا يكون موجبا للملك ولنا ان المالك ملك بدل
المغصوب بكماله رقبة ويدا فوجب ان يزول ملكه عن
المبدل الى ملك من وجب عليه البدل اذا كان المبدل محلا
للنقل من ملك الى ملك دفعا للضرر عنه وتحقيقا للعدل
كما في سائر المبادلات واما الآية ففيها بيان ان الاكل بالتجارة
عن تراض جائز الا ان يكون الجواز مقصورا عليه ثم
معنى التجارة مندرج هنا من وجه فان المالك هنا

فتمكن من ان يصبر حتى تظهر العين فياخذها فحين طالبه
بالقيمة مع علمه ان من شرط انعدام ملكه في العين فقد صار
راضيا بذلك لان من طلب شيئا لا يتوصل اليه الا بشرط
كان راضيا بالشرط كما يكون راضيا بمطلوبه واداء الغاصب
العبد المغصوب او اجر الامين العبد الامانة او ربح الغاصب
او الامين بالتصرف فيهما اي في المغصوب والامانة بان
اشترى الغاصب او المودع بالف الغصب او الوديعة امة
فباعها بالفين تصدق الموجر بالاجرة والرابح بالربح عند
ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف الا ان يكونا اي
المغصوب والامانة الذين ربح الغاصب والامين بالتصرف
فيهما دراهم او دنانير لم يشر المتصرف اليهما عند
التصرف فيهما سواء اشار الى غيرهما او لم يشر الى شي
او اشار اليهما ونقد غيرهما فانه يطيب له الربح لان
الدراهم والدنانير لا تتعينان بالاشارة والاشارة اذا
كانت لا يفيد التعيين يستوي وجودها وعدمها بخلاف ما لو
اشار اليهما ونقد منهما لان الاشارة تتاكد بالنقد من المشار
فيتحقق الخبث وبخلاف ما لو كان عرضا ونحوه لان العقد
يتعلق بعينه حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيتحقق
الخبث وقال فخر الاسلام قال مشايخنا لا يطيب بكل حال
وهو المختار ان يتناول من المشتري قبل ان يضمن وبعد
الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب
في الجامعين ومضاربة المبسوط بقوله يتصدق بجميع الربح
وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة
وهي فيما يتعين او الشبهة وهي فيما لا يتعين يثبت الخبث
ولا يثبت في الدراهم اذا استفاد بها الربح الا الشبهة لانه

اذا اشار اليها لم يتعين الا في حكم جواز العقد لمعرفة القدر
والنقد واذا انتقد منها استفاد به سلامة المشتري واذا
اشار فيما لا يتعين ولم ينقد المشتري فاما ان يصير
عينها يستفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة القدر
والنقد واذا نقد ولم يشر استفاد سلامة المشتري
فاما ان يصير عينها عوضا فلا فثبت انه لا يثبت الا
الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في
الخبث وان غصب وغير المغصوب فزال اسمه اي اسم
المغصوب واعظم منافعه ضمنه الغاصب بلا وملكه
بلا حل للانتفاع به قبل اداء بدله كذبح شاة وطبخها
اي كمن غصب شاة فذبحها وطبخها او حنطة فطحنها
او زرعها وجعل صفر اي وكجعل نحاس اناء وحديد
سيفا وقال مالك والشافعي لا ينقطع حق المالك وبه
قال احمد وابو يوسف في رواية اخرى وفي غاية البيان
استقبح ان يجي رجل متقدم الى كر حنطة لانسان
فيطحنه ثم يهبه لابن له صغير ولا يكون لرب
الطعام على الدقيق سبيل قال والحال ابي حنيفة
في هذا او اجعله بالخيار ان شاء ضمنه مثل حنطة
ودفع اليه الدقيق وان شاء اخذ ذلك الدقيق ولم يضمنه
شيئا وكذلك ان وهبه الغاصب او باعه او تصدق
به فان ذلك باطل ولرب الطعام ان ياخذه بعينه
وكذلك لو غصب لحما فشواه او طبخه قيد بتغير
الغاصب للمغصوب لانه لو تغير بنفسه كان صار
العنب زبيبا فان المالك بالخيار ان شاء اخذه وان شا
ضمن الغاصب وقيد بزوال الاسم لان من غصب

شاة وبعدها لم يزل اسم الشاة عنها اذ يقال شاة مذبوحة
فمالكها بالخيار وان شاء ضمن الغاصب قيمتها وسلمها له
وان شاء ضمنه نقصانها لان ذبحها استهلاك من وجه
دون وجه فيتخير المالك وقيد باعظم المنافع لانه لو لم
يكن الزايد اعظمها كخرق الثوب فاحشا او يسيرا فان
ضمان المغصوب لا ينتفي كما سيذكره المصنف ثم القياس
وهو قول زفر ورواية ابي الليث عن ابي حنيفة ان
للغاصب الانتفاع بهذا المغصوب قبل اداء بدله لان
ملكه حدث بكسبه والملك مبيح للتصرف ولهذا لو
وهبه او باعه صح ووجه الاستحسان ما روى ابو داود في
سننه في اول البيوع عن عاصم بن كليب عن ابيه عن
رجل من الانصار قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم في جنازة فرايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوصي
الحافر اوسع من قبل رجليه اوسع من قبل راسه فلما رجع
استقبله داعي امراة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده ووضع القوم
ايديهم فاكلوا ورسول الله صلى الله عليه وسلم يلوك لقمة
في فيه فقال اني اجد شاة اخذت بغير اذن اهلها فقالت المراة
يا رسول الله اني ارسلت الى البقيع اشتري شاة فلم اجد
فارسلت الى جار لي قد اشترى شاة ان ارسلها الي بثمنها
فلم يوجد فارسلت الى امراته فارسلت بها الي فقال عليه
السلام اطعميه الاسارى فافاد هذا الامر بالتصدق
زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل
الارضاء ولان في اباحة الانتفاع قبل ارضاء المالك فتحا
لباب الغصب فيحرم حسما لمادة الفساد والله رؤوف
بالعباد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك

بجهة

بجهة محظورة كما في ملك الفاسد ولو ادى الغاصب
المالك البدل ابيح له التناول لان حق المالك صار موفى
بالبدل فتحققت بجهتها مبادلة بالتراضي وكذا لو ابراه
لان حقه سقط بالبراءة وكذا لو ضمنه المالك او الحاكم
لوجود الرضا منه لان الحاكم لا يضمنه الا بعد طلبه فكان
راضيا به **بخلاف الحربي** الذهب والفضة فان جعلهما
اناء او دنانير او دراهم لا يزيل ملك مالكهما عنهما **فهما**
للمالك بلا شيء للغاصب عند ابي حنيفة ومالك والشافعي
واحمد وقال ابو يوسف ومحمد يملكها الغاصب وعليه مثلها
ولو خرق الغاصب **ثوبا** خرقا فاحشا بان نقص ربع
قيمته او ابطل عامة منفعته **وفوت بعض العين**
او بعض نفعه طرحه المالك عليه اي على الغاصب
واخذ قيمته لانه استهلكه من وجه **واخذه** المالك **وضمن**
الغاصب **ما نقصانه** لانه لم يخرج عن ان يكون صالحا لما كان
صالحا له وانما تمكن النقصان في قيمته فيضمن الغاصب
ذلك النقصان **وفي الخرق اليسير** وهو ما لا يفوت به
شيء من المنفعة وانما يحصل به نقصان في المالية
بسبب الجودة **ضمن** الغاصب **ما نقص** الثوب وكان
الثوب لمالكه لان العين قايم من وجه وانما دخله عيب
ومن بنى في ارض غيره او غرس فيها امر بالقلع والرد
اي بقلع البنا والغرس ورد الارض لقوله عليه السلام
ليس لعرق ظالم حق رواه ابو داود والترمذي والنسائي
وصححه في المغرب بتنوين عرق اي الذي عرق
ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه
الاغتصاب ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة

صاحبه مجازا قال الاكمل وقد روي بالاضافة اي لبس
لعرق غاصبه ثبوت بل يؤمر بقلعه وفي الصحاح
العرق الظالم ان يجي الرجل الى ارض قد احياها غيره
فيغرس فيها او يزرع ليستوجب به الارض ولمالك ان
يضمن قيمته اي البنا او الغرس قيمته بناء او شجرا مر
بقلعه اي قيمة مستحق القلع لان حقه في المقلوع
بان يعتبر قيمة الارض بدون الشجر او البناء عشرة
دنانير مثلا ومع الشجر او البناء المستحق قلعه خمسة
عشر دينارا فيضمن له خمسة دنانير ان نقصت الارض
به اي بالقلع او النقص لان في ذلك نظرا للجانبين
ودفعا للضرر عنهما بتملكه صاحبها عليه بقيمة او
يامره برفعه ولا شي له ليتنقص ارضه لرضاه به وان لم
ينقص به يخير صاحب الشجر بين قلعه ودفعه اليه
بما ذكرنا من قيمته ولو جلس على ثوب غيره فقام غيره
عالم بجلوسه عليه فانشق منه ضمن له نصف نقصه
في ظاهر الرواية وقيل كله كما لو شقه بجذبه من يد
مالكه وان حمر غاصب الثوب او صفره او لت غاصب
السويق بسمن ضمنه مالك الثوب قيمة
ثوب ابيض ومالك السويق مثل السويق وسلم الثوب
المغصوب والسويق الملتوت للغاصب او اخذه
وغرم ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي واحمد
لمالك الثوب ان يمسكه ويامر الغاصب بازالة الصبغ
بالغسل بالقدر الممكن ويضمنه نقصان الثوب
ان انتقص بذلك لانه متعد في الصبغ والتمييز
ممكن بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا

ان

ان الصبغ مال متقوم كالثوب وغصب الغاصب لا يسقط
حرمة ماله فيجب صيانة ماليهما ما امكن وذا بايصال
معنى مال احدهما اليه وابقاء حق الاخر في عين
ماله كما قلناه والجواب في اللت كالجواب في الصبغ
الا ان السويق والسمن من ذوات الامثال والثوب
والصبغ من ذوات القيم ولو كان الثوب ينقص بالحمرة
كان كانت قيمته بدونها ثلاثين درهما فصارت بها
عشرين فعن محمد ينظر الى الثوب يزيد فيه الحمرة
فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه
وخمسة دراهم من الغاصب لان صاحب الثوب استوجب
عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب
عليه الغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص
ويرجع عليه بما بقي وهو خمسة وان سود الغاصب
الثوب ضمنه المالك قيمة ثوب ابيض او اخذه
ولا شي للغاصب في مقابلة صباغة عند ابي حنيفة
وعندهما التسويد كالتحمير وهذا الطلاق مبني على
ان السواد عنده نقصان وعندهما زيادة وقيل
هذا اختلاف زمان فابو حنيفة اجاب على ما شاهد
في عصره من عادة بني امية وهو عدم لبس الثوب
الاسود وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما
من عادة بني العباس وهي لبس السواد وقيل ان
كان المغصوب ثوبا ينقصه السواد من قيمته
فالجواب ما قاله ابو حنيفة وان كان يزيد السواد
في قيمته فالجواب ما قالاه وهذا التفصيل حسن
لا ينبغي العدول عنه وان باع الغاصب او اعتق

ثم ضمن القيمة نفذ البيع لا العتق وبه قال احمد في رواية
لان الملك الناقص لا يكفي لثبوت العتق وقال مالك
والشافعي واحمد في رواية لا ينفذ بيعه ولا عتقه كتصرفا
الفضولي واعتاق المشتري من غاصب عبدا نافذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف باجازة المالك بيع الغاصب
هكذا يرويه محمد عن ابي يوسف روايته عن ابي حنيفة
كما ذكره قاضي خان في شرحه وقال ابو سليمان وكنا سمعنا
من ابي يوسف روايته عن ابي حنيفة انه لا ينفذ
عتقه وجه الاستحسان ان هذا بيع فضولي
فيكون موقوفا فباجازته ينفذ من حين العتق فينفذ
اعتاقه لمصادفة ملكه وكذا ينفذ بتضمينه قيمته في رواية
وخالفنا زفر وابطله محمد اعتاق المشتري كمالك
والشافعي وهو القياس لان هذا عتق ترتب على عقد
توقف لا ففوده لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد
كما لو حرره الغاصب وضمنه وزوايد الغصب اي المغصوب
حال كونها متصلة كالسمن والجمال ومنفصلة كالولد
وثمر البستان امانة في يد الغاصب لا تضمن الا بالتعدي
اي بتعدي الغاصب باتلافه او بذبحه او اكله او بيعه
وتسليمه او المنع اي منع الغاصب بعد الطلب اي طلب
المالك وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد زوايد
المغصوب مضمونة وخمر المسلم مبتدا وخنزيره
عطف سواء كان المتلف مسلما او ذميا لا يضمنان لانهما
ليسا بمتقومين في حق المسلم قيد بالمسلم لان خمر الذمي
او خنزيره يضمن وهو قول مالك سواء كان المتلف
ذميا او مسلما الا ان المسلم لا يضمن الخمر بمثلها لانه

ل

لانه لا يملك تمليكها بل بقيمتها وقال الشافعي واحمد لا
يضمن خمر الذمي ولا خنزيره سواء كان المتلف مسلما او
ذميا ومنافع الغصب اي المغصوب عطف اخر لا يضمن
خبر المبتدا والمعنى لا تكون منافعه مضمونة عندنا
سواء استوفاها بالسكنى والركوب مثلا او عطلها
بان امسكها مدة ولم يستعملها ثم ردها وحكم الشافعي
بضمانها ولذلك مالك ايضا وصوبه ابن الحاجب
وقال ابن القاسم لا يضمن ان عطلها وان استغل او استعمل
يضمن على المشهور عنه وروى الا في العبيد والدواب
وروى لا يضمن مطلقا وحجتنا في ذلك حديث عمر
وعلي رضي الله عنهما فانهما حكما في ولد المغرور انه حر
بالقيمة واوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها
ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان
يستخدمها ومع طلب المدعي لجميع حقه فلو كان ذلك
واجبا له لما حل السكوت في بيانه وبيان العقر لها
لا يكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطي في حكم
جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف
المنفعة والمعنى فيه ان المنفعة ليست بمال متقوم
فلا يضمن بالاتلاف كالخمر والميتة واذا كان المغصوب
وقفا او مال يتيم او معدا للاستغلال يضمن في
اختيار المتاخرين قالوه صونا لحقوق الضعفاء
والمساكين عن اطماع الجائرين ولا بدع في اختلاف
الاحكام باختلاف احوال الانام بخلاف السكر بفتحتين
وهو النيء من ماء الرطب اذا اشتد وبخلاف المنصف
وهو ما اذا ذهب نصفه بالطبخ من ماء العنب

وبخلاف المعزف بكسر الميم وفتح الزاي وهو آلة اللهو كالطنبور
والمزمار فانها تضمن بالاتلاف عند ابي حنيفة ويجوز
بيعها وقالا لا تضمن ولا يجوز بيعها وهو قول مالك
واحمد وعند الشافعي فيه تفصيل ثم قيل الخلاف في
الدف والطبل الذي يضرب للهو واما طبل الغزاة
والدف الذي يباح ضربه للعرس فانهما يضمنان بالاتلاف
بالاتفاق لهما ان هذه الالات معدة للمعصية فبطل
تقومها كالخمر وان اتلافها امر الشارع به لقوله عليه
السلام من راى منكم منكرا فليغيره بيده وانكارها
باليد اتلافها وهو لو اتلفها بامر اولي الامر لا يضمن
فبامر الشرع اولى ولابي حنيفة انه اتلف مالا ينتفع
به من وجه سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو
كالامة المغنية فيجب قيمته اي قيمة كل واحد من السكر
والمنصف والمعزف لا للهو كما في الجارية المغنية
والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل
فانها يجب قيمتها غير صالحة لهذه الامور وفي
الجامع الصغير لصدر الاسلام الفتوى في عدم
الضمان على قولهما لكثرة الفساد بين الناس
حتى ذكر صدر الشهيد ان البيت يهدم من اعتاد
الفسق وانواع الفساد وانه لا باس بالهجوم على
بيت المفسدين وباراقة العصير قبل ان يشتد
على ان اعتاد الفسق ومن حل قيد عبد لغيره
او فتح قفص طائر لغيره فذهب ذلك العبد
او الطائر عقيب ذلك الفعل لا يضمن عند ابي حنيفة
وابي يوسف وبه قال الشافعي في قول وقال في قول

اخر

اخر يضمن وهو قول مالك واحمد وعن محمد يضمن في
الطائر سواء طار من فوره او مكث ساعة ثم طار لان
الطائر مجبول على النفار ولهما انه توسط فعل فاعل
مختار وهو العبد والطائر فقيدنا بالذهاب عقيب
الفتح لانه لو مكث ساعة ثم ذهب لا يضمن عندنا
وعند الشافعي خلافا لمحمد في رواية ولمالك واحمد
ومن سعى برجل الى سلطان بغير حق او قال مع حاكم
صفته انه يغرم على سبيل الاحتمال انه وجد مالا هذه
الجملة مقول قال والضمير المنصوب في انه عائد
الى المقول عنه المفهوم من الكلام فغرمه اي غرم
ذلك الحاكم المقول عنه يضمن ذلك الساعي او القائل
زجرا له وهذا عند محمد وعليه الفتوى وقال ابو
حنيفة وابو يوسف لا يضمن لانه توسط فعل فاعل
مختار وهو السلطان والحاكم والله سبحانه اعلم
كتاب الرهن هو لغة حبس الشيء اي شيء
كان باي سبب كان قال تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة وشرعا حبس مال متقوم بحق يمكن اخذه
منه اي استيفاء الحق من المرهون كالدين فانه يمكن
اخذه من المرهون بان يباع بخلاف العين لان
الصورة مطلوبة فيها ولا يمكن تحصيلها من شيء
اخر والاصل في مشروعية الرهن قوله تعالى وان
كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة
قراءة الجمهور بكسر الراء جمع رهن بفتحها كعباد
وعبد وقرا ابن كثير وابو عمرو فرهن بضم الراء والهاء

على انه جمع رهن كسقف في جمع سقف او جمع رهان
ورهان جمع رهن وهذا امر بصيغة الخبر معطوف
على قوله فاكتبوه او على قوله واشهدوا اذا تبايعتم
وادنى ما يثبت بصيغة الامر الجواز وما اخرجه
الشيخان عن الاسود عن عايشة ان النبي صلى الله
عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه
درعا له من حديد وما اخرجه الترمذي وقال حديث
حسن صحيح والنسائي وابن ماجة عن عكرمة عن
ابن عباس قال توفي رسول الله صلى الله عليه
وسلم وان درعه مرهونة عند رجل من يهود على
ثلاثين صاعا من شعير اخذه لعياله وما رواه
ابو داود وقال هو عندنا صحيح انه عليه السلام
قال لبن الدر يحلب بنفقته اذا كان مرهونا
والظهر يركب بنفقته اذا كان مرهونا وعلى الذي
يحلب ويركب النفقة واجماع الامة فانهم من لدن
زمنه عليه السلام الى الان يرهنون ويرتهنون
من غير منكر ولا مخالف ثم الرهن جايز في السفر
والحضر وحكى صاحب الكشاف عن مجاهد
والضحاك انهما لم يجوزاه الا في السفر اخذا بظاهر
الاية ولنا ما اخرجه البخاري في البيوع عن قتادة
عن انس انه قال ولقد رهن رسول الله صلى
الله عليه وسلم درعا له بالمدينة عند يهودي واخذ
منه شعيرا لاهله ولان كل عقد جاز في السفر
جاز في الحضر اصله البيع وانما خص السفر في
الاية بالذكر لان الغالب ان الانسان لا يتمكن فيه

من

من الكتابة والاشهاد فيستوثق بالرهن بخلاف
الحضر **وينعقد** اي الرهن **بايجاب وقبول** لانه عقد
فلا بد فيه منهما كغيره من العقود وعليه عامة
المشايخ وقيل الركن مجرد الايجاب والقبول شرط
واما القبض فقال اصحابنا شرط الجواز والجمهور
على انه اللزوم ولذا قال **ويلزم** اي ويتم عقد الرهن
بالقبض وهو معنى قوله **ان سلم** المرهون الى
المرتهن فالضمير في يلزم عايد الى الرهن بمعنى
العقد المخصوص وفي سلم عايد اليه بمعنى المرهون
هذا ان كان بصيغة المجهول وان كان بصيغة
الفاعل فالضمير فيه للراهن وقال مالك يلزم الرهن
بنفس العقد كالبيع ولنا انه تعالى وصف الرهن
بانها مقبوضة والنكرة اذا وصفت عمت فيقتضي
الاية ان كل رهن مشروع فهو بهذه الصفة ولان
المصدر اذا ذكر بحرف الفاء في موضع الجزاء فيراد
به الامر كقوله تعالى فضرب الرقاب فكان
هذا امرا بهذه الصفة فينتفي جوازه بدونها
محوزا اي مقسوما واحترز به عن رهن المشاع
فانه لا يجوز عندنا خلافا لمالك والشافعي وباقي
مفرغا عن الراهن ومتاعه واحترز به عن المشغول
باحدهما فلو رهن دارا وسلمها وهو او متاعه
فيها لا يلزم عقد الرهن حتى يسلمها ثانيا
بعد خروجه ومتاعه عنها **مميزا** اي غير متصل
بغيره اتصال خلقة واحترز به عن رهن الثمر
على الشجر دون الشجر لان المرهون اذا اتصل

بغير المرهون اتصال خلقة صار كالمشاع والتخلية
مستند اي تخلية الراهن بين المرهون والمرتهن
في الرهن برفع الموانع عن القبض تسليم للمرهون
لان القبض في الرهن بحكم عقد مشروع فيكتفى فيه
التخلية كما في قبض المبيع في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
واحمد ان التسليم في المنقول لا يكون الا بالنقل وضمن
المرتهن الرهن باقل من قيمته ومن الدين من قيمتهما
لبيان الاقل ولو قال بالاقل من قيمته ومن الدين لكان افضل
فتامل فانه موضع الزلل فلو هلك وهما سواء سقط
دينه لانه صار مستوفيا حكما وان كان قيمته اكثر من الدين
فالفضل على الدين امانة وفيما لو كان قيمته اقل من الدين
سقط من دينه بقدره لان الاستيفاء بقدر المالية
ورجع المرتهن بالفضل وعند الشافعي واحمد الرهن
كله امانة في يد المرتهن لا يسقط شي من الدين بهلاكه
لقوله عليه السلام في حديث رواه الدارقطني لا يغلق
الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه
ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وصححه
واخرجه ابو داود في مراسيله عن سعيد بن المسيب
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وقوله له غنمه وعليه
غرمه من كلام سعيد نقله عنه الزهري وقال هذا هو
الصحيح ويؤيده ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن
المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق
الرهن ممن رهنه وادعى الزهري ان معنى لا يغلق الرهن بالجملة
لا يصير الرهن مضمونا بالدين ومعنى له غنمه للراهن
الزايد ومعنى عليه غرمه اي على الراهن هلاكه وعند
مالك

مالك ان تلف بامر ظاهر كموت وحريق امانة والا وكذا ان
كان الرهن من الاموال الظاهرة كالحيوان والعقار يكون
امانة لعدم التهمة عند دعوى الهلاك غالبا وان كان
من الاموال الباطنة كالنقدين والحلي والعروض يكون
مضمونا بتمام قيمته للتهمة وقال زفر الرهن مضمونا
بقيمته اي بتمامها مطلقا فلو رهن ثوبا قيمته عشرة
بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه وان كانت
قيمة الثوب خمسة رجع المرتهن على الراهن بخمسة
وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل امانة عندنا
وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة له ما روى
عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيهما عن علي
انه قال الراهن والمرتهن يترادان الفضل بينهما
في الرهن وما روى البيهقي عن علي اذا كان الرهن افضل
من القرض او كان القرض افضل من الرهن ثم هلك
يترادان الفضل ولنا ما اخرج البيهقي عن عمر انه قال
في الرجل يرتهن الرهن فيضيع ان كان اقل مما فيه رد عليه
تمام حقه وان كان اكثر فهو امين وما روى ابن ابي شيبة
عن محمد بن الحنفية عن علي انه قال اذا كان الرهن اكثر
مما رهنه فهلك فهو بما فيه لانه امين في الفضل واذا كان
اقل مما رهن به فهلك رد الراهن الفضل وما روى
ايضا عن عمر انه قال اذا كان الرهن اكثر مما رهن به فهو
امين في الفضل واذا كان اقل رد عليه وما روى ايضا عن
محمد بن الحنفية عن علي قال اذا كان الرهن اقل رد الفضل
وان كان اكثر فهو بما فيه وما روى ابو داود في مراسيله وابن
ابي شيبة في مصنفه عن ابن المبارك عن مصعب بن

ثابت قال سمعت عطا يحدث ان رجلا رهن فرسا فنفق في يده فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرتهن ذهب حقك
ولا يجوز ان يقال ذهب حقك في الحبس لانه يقدر امال لاشكل
وفي مراسيله ايضا عن علي بن سهل الرملي ثنا الوليد
ثنا الاوزاعي عن عطا عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال الرهن بما فيه قال ابن القطان مرسل صحيح وفي اثار
الطحاوي بسند صحيح عن ابي الزناد قال ادركت من
فقهائنا الذين ينتهي الى اقوالهم منهم سعيد ابن
المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وابو بكر بن
عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله في مشيخة سواهم
من نظرائهم اهل فقه وصلاح وفضل بن بكر بالجمع رمن
اثنا وبلهم في كتابة على هذه الصفة انهم قالوا الرهن
بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا الرهن بما فيه
ولم يفهم احد منا قوله عليه السلام لا يغلق الرهن نفي
الضمان عن المرتهن وذكر الكرخي عن السلف كطاوس
وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا ان المراد به لا يحبس الرهن
عند المرتهن احتباسا لا يمكن فكاكه بان يصير مملوكا
للمرتهن واجيب عما رووه ان المراد بالزاد الذي رهنه به
زفر الزاد حالة البيع اي اذا باع المرتهن الرهن يرد
ما زاد على الدين فان كان الدين زايد ايراد الرهن وعن
ابي يوسف ان معنى الحديث الذي رواه الدارقطني
ان الفضل في قيمة الرهن لربه ولا يكون مضمونا ولا يبلغ
وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل واما معنى
لا يغلق الرهن فقال ابن الاثير يقال غلق الرهن يغلق

غلوقا

غلوقا اذا بقي في يد المرتهن لا يقدر راهنه على تخليصه
ومعنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن بما فيه انه لا يستحقه
المرتهن اذا لم يستفكه صاحبه وكان هذا من فعل
الجاهلية ان الراهن اذا لم يؤد ما عليه في الوقت المعين
ملك المرتهن الرهن فابطله الشرع ذكره الزهري
ويحفظ المرتهن الرهن كالوديعة فيحفظه بنفسه وزوجته
وولده وخادمه على ما تقدم وان تعدى المرتهن على الرهن
ضمن جميع قيمته كالغصب فعليه رد ما زاد على الدين لان الزيادة على
قدر الدين امانة في يده والامانات تضمن بالتعدي ولا
يصح منهما اي الراهن والوديعة رهنا واجارة واعارة
وايداع اما الاجارة والاعارة فلان كلا من المرتهن والمودع
ليس له الانتفاع بالرهن والوديعة فليس له تسليط
غيره على ذلك واما الرهن والوديعة فلان كلا من الراهن
والمودع رضي بيد المرتهن والمودع دون غيره ولا يصح
الموجر الاول وهو الرهن لان المستاجر لا يملك عين
الموجر فلا يملك تسليط غيره بالاستيفاء منه ولا يصح
في المعار الاولان وهما الرهن والاجارة لانهما لازمان والاعا رة
غير لازمة بل للمعير ان يرجع فيها متى شا ولا يبطل الرهن بفعل
المرتهن شيا من هذه الامور الاربعة التي ذكرنا انها لا تصح
في الرهن والوديعة لانها تصرف من المرتهن والرهن
لا يبطل بتصرفه لكنه يضمن الرهن كالغاصب لحصول التعدي
منه من المرتهن وجعل الخاتم في الخنصر اليمنى او اليسرى
تعدي لانه يستعمل كذلك عادة والمرتهن غير ماذون
له في الاستعمال ولو كان متضمنا للحفظ اذ هو ماذون
بمجرد الحفظ وجعل الخاتم في اصبع اخرى غير الخنصر

حفظ من الوحل لانه لا يلبس كذلك عادة فكان ذلك من
الحفظ دون الاستعمال والمراد بعدم الضمان فيما بعد
حفظا لا استعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب لا ان
لا يضمن اصلا لان الرهن مضمون بالدين فيسقط بهلاكه
الاقل من قيمته ومن الدين ولو قال المشتري للبايع امسك
هذا الثوب حتى اعطيك الثمن يكون رهنا عندنا كامسكه
بدينك او امسكه بمالك لان هذا الكلام يودي معنى الرهن
وهو الحبس الدايم الى وقت الفكاك والعبرة في العقود
للمعاني وان اختلفا المباني وجعله ابو يوسف وزفر
امانة كمالك والشافعي لان قوله امسك يحتمل الرهن
والايداع والايداع اقل الامرين فيحمل عليه بخلاف الوفا فيبني
لتعين جهة الرهن حيث قابله الدين **واذا طلب** المرتهن
من الراهن **دينه امر** امر المرتهن **باحضار رهنه** اولا لان
قبض الرهن قبض استيفا فلو امر الراهن بقضا الدين
قبل احضار المرتهن الرهن لربما هلك الرهن بعد ذلك
او كان هلك قبل ذلك فيصير مستوفيا دينه مرتين
الا اذا كان الرهن **وضع عند عدل** وغاب ذلك العدل
ولم يدر اين هو او كان العدل اودع الرهن عند من في عياله
وغاب العدل وطلب المرتهن دينه والذي عنده الرهن
يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو فان الراهن حينئذ
يجبر على قضاء الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الراهن
ولا يوخر قضاء الدين الى احضاره ولا يتراخى قبض الدين
بسببه **فيسلم** الراهن للمرتهن بعد احضار المرتهن
الرهن **كل دينه** ليتعين حقه كما تعين حق الراهن
باحضار الرهن تحقيقا للتسوية **ثم** يسلم المرتهن

للراهن

للراهن **رهنه** كما في المبيع والثمن فان البايع يحضر المبيع
ثم المشتري يسلم الثمن اولا **وكذا** يومر المرتهن باحضار
الرهن اولا **ان طلب** دينه **في غير بلد العقد ان لم
يكن للرهن مونة حمل** لان الاماكن فيما لا مونه له تستوي
واما اذا كان له مونة فلم يكلف المرتهن احضار الرهن
لان عين الرهن امانة عنده فلا يكون عليه الرد
بل يكون عليه التسليم بمعنى التخلية وليس النقل
من بلد الى بلد اخر من التسليم في شي فصار ساقطا
عنه بحكم العقد فلا يصير عذرا في تاخير الدين ولكن
يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن ان طلب الراهن
الحلف لانه غايب فيحتمل الهلاك فيبطل الدين
فاذا حلف اعطاه دينه ولا يلزم المرتهن تمكين الراهن
من بيع الرهن لايفاء الدين من ثمنه لان حكم الرهن
الحبس الدايم الى ان يقضيه دينه **وعليه** اي على المرتهن
مونة حفظه اي حفظ الرهن كاجرة البيت الذي
فيه الرهن في ظاهر الرواية وكذا اجرة حافظه
لان الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون عليه
مونته وعلى الراهن **مون تبقيته** بضم الميم وفتح الهمزة
جمع مونة وذلك سوا كان في الرهن فضل او لم يكن
لان الرهن باق على ملكه فيكون ما يبقيه عليه مونة
ملكه كما في الوديعة وهذا كنفقة ماكله ومشربه
وكسوة الرقيق واجرة راعيه وسقي البستان وكري
النهر وتلقيح نخله وجداده وامثال ذلك حتى تجهيزه
بعد الموت ودفنه **واما جعل الابق كرداده وثمن مداواة
الجرح** ومعالجة المرض وفداء ارش جناية الرهن

فهو **منقسم على المضمون والامانة** فما هو حصة المضمون
فعلى المرتهن وما هو حصة الامانة فعلى الراهن ويمنع
نحو ومالك تصرف الراهن في الرهن ولو كان بلا ضرر
يحصل به كسكنى الدار وركوب الدابة الا باذن المرتهن
كما لا يجوز للمرتهن ان ينتفع به بدون اذنه اتفاقا واجاز
الشافعي انتفاع الراهن بالرهن ان لم يضر بالمرتهن ولو
اكل المرتهن نماه كاللبن والثمر والولد باذن من الراهن
لم يسقط شي من دين المرتهن لانه اتلفه باذن مالكه ويوزع
حصة النما ان هلك الاصل عنده فيقسم الدين على قيمة
النما الذي اكله وعلى قيمة الاصل فما اصاب النما منه
اخذه المرتهن من الراهن لانه تلف على ملك الراهن
بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار
كانه اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون للمرتهن
حصته من الدين والله اعلم **فصل لا يصح رهن**
مشاع سواء كان فيما يقسم او فيما لا يقسم وسواء رهنه
الراهن من شريكه او غيره وسلم كله اليه وعند مالك
والشافعي صحيح **ولا يصح رهن ثمر على نخل دونه** اي
دون النخل **ولا رهن زرع ارض** او رهن **نخلها** اي نخل
ارض **دونها** اي دون الارض لان المرهون متصل بما ليس
بمرهون اتصال خلقة فكان بمنزلة المشاع وكذا لا يجوز
رهن ارض دون نخلها او دون زرعها ولا رهن نخل دون
ثمرته اذ لا يمكن قبض المرهون وحده فصار كالمشاع
ولا يصح رهن الحر وفروعه اي المدبر وام الولد والمكا تب
لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفا وهو لا يتصور
من هذه الاعيان لقيام المانع **ولا يصح الرهن بالامانات**

كالودايع

كالودايع والعواري ومال المضاربة ومال الشركة
لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفا للمرتهن وحق
صاحب الامانة في العين مقصور عليه واستيفا العين
في عين اخرى غير ممكن وحاصله ان الرهن لا بد فيه
من الضمان ليقع مضمونا ويتحقق استيفا الدين منه
ولا ضمان في الامانات **ولا المبيع في يد البايع** لانه ليس
بمضمون بمثل ولا بقيمة ولكن يسقط بهلاكه الثمن الذي
هو حق البايع ويسمى هذا مضمونا لغيره **ولا القصاص**
سواء كان في نفس او فيما دونها لتعذر الاستيفاء من
الرهن **وصح** الرهن **بعين مضمونة** عند الهلاك **بالمثل**
ان كانت مثلية **او بالقيمة** ان كانت قيمية ويسمى هذا
مضمونا بنفسه وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع
والصلح عن دم العمد لان كل واحد من هذه الاشياء
ان كان باقيا وجب تسليمه وان كان هالكا وجب مثله
او قيمته فكان الرهن بها رهنا بما هو مضمون فيصح
عندنا وعند مالك ولم يجزه الشافعي الا بدين لازم
لعدم امكان استيفاء العين من المرهون **و**صح الرهن
بالدين ولو موعودا اي ان رهن رهنا **ليقرضه كذا فهلكه**
بالرفع مبتدا اي فهلاك الرهن وصفته **في يد المرتهن**
قبل ان يقرضه **عليه** خبره اي على المرتهن **بما وعد به**
ان كان مساويا لقيمة الرهن او اقل واما اذا كان اكثر
فلا يكون مضمونا بالدين بل بالقيمة وصورته ان يقول
رهنتك هذا لتقرضني الف درهم فقبض الوادع الرهن
وهلك في يده قبل ان يقرضه الفا فانه يهلك مضمونا
على المرتهن حتى يجب عليه تسليم الالف الى الراهن

بمعنى هلاكه لان الموعود جعل هنا كالموجود باعتبار
الحاجة فكان حاصلا بعد القرض حكما اذ الظاهر ان الخلف
لا يجري في الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا بخلاف
الرهن بالدرك وهو ان ياخذ المشتري من البائع
رهنا بالثمن خوفا من استحقاق المبيع فانه باطل اذ الظا هر
ان البائع يبيع مال نفسه وصح الرهن براس مال السلم وثمن
الصرف والمسلم فيه خلافا لزفر فان هلك المرهون المذكور في
المجلس اي مجلس العقد فقد اخذ اي تم العقد واخذ
المرتهن الرهن المذكور يعني فصار المرتهن مستوفيا حقه
بهلاك الرهن عنده وتم الصرف والسلم لوجود القبض
حكما وان افترقا اي المتعاقدان في الصرف والسلم قبل نقد
اي قبل نقد راس المال وثمن الصرف وقبل هلكه اي
هلاك الرهن براس المال وثمن الصرف بطلا اي
السلم والصرف لفوات القبض حقيقة او حكما واما الرهن
بالمسلم فيه لا يبطل ان افترقا قبل النقد والهلاك ويتم
الرهن بقبض عدل شرط في واما الرهن وضعه اي وضع الرهن
عنده اي العدل لتعلق حق الراهن وقال زفر
ابن ابي ليلى لا يتم ولا اخذ لاحدهما اي الراهن والمرتهن
منه اي من العدل لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده
وتعلق حق المرتهن به استيفاء ولا يملك احدهما
ابطال حق الاخر وهلكه اي هلاك الرهن معه اي
العدل هلك رهنا فيهلك في ضمان المرتهن لان يد العدل
في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة فان وكل الراهن
العدل او المرتهن او غيره ببيعها اي المرهون عند حلول
الدين صح التوكيل لانه وكل ببيع ماله والرهن شرع

وثيقة

وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء
اوثق فكان التوكيل بالجواز احق فان شرط الوكالة في عقد
الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل
بالعزل سواء كان الوكيل العدل او المرتهن او غيرهما لانه
لما شرط في ضمن العقد صار وصفا من اوصافه فيلزم
كاصله لان حكم التبع لا يفارق الاصل ولم ينعزل بموت
احد راهنا كان او مرتهنا لان التوكيل متى صار لازما
تبعا للرهن يبقى ببقائه ولا يبطل الاصل بموتهما
فيبقى التبع في ضمنه لا بموت الوكيل والرهن على
حاله فان التوكيل الواقع في عقد الرهن ببيع
المرهون يبطل ولا يقوم وارث الوكيل ولا وصيه
مقامه لان الموكل رضي براي الوكيل لا براي غيره ويبيعه
الوكيل والوصيه ورثة الراهن للايفاء كما في حالة
حياة الراهن بغير حضرته فان لم يكن للراهن
وصي امر القاضي ببيعه وايفاء الدين من ثمنه نظرا
للجانبين واذا حل الاجل والراهن او وارثه غايب
وابى الوكيل الذي وكله الراهن بالبيع في عقد الرهن
ان يبيعه اجبر الوكيل على المبيع للزوم التوكيل سواء
شرطاه في عقد الراهن او بعده وكيفية الاجبارات
يحبسه القاضي اياما ليبيعه ولا ينفذ البيع بعد
الاجبار لانه اجبار بحق فكان كلا اجبار فان لج بعد
الحبس فالقاضي يبيع عليه كوكيل بالخصومة غاب
موكله وطلب المدعي الخصومة واباها الوكيل فانه
يجبر على الخصومة لان المدعي انما خلى سبيل الخصم
اعتمادا على وكيله وفي عدم مخاصمته ابطال حقه والجامع

ان في امتناع الوكيل في كل من المسألتين تفويت الحق
على صاحبه **واذا باع العدل الرهن فالثمن** وان كان
غير مقبوض **رهن** لان الرهن لما خرج عن الرهنية
بصيرورته للمشتري انتقلت الرهنية الى ثمنه
فهلكه اي الرهن **كهلكه** اي المرهون في سقوط الدين
لقيامه مقامه **ويصح رهن الذهب والفضة** وكذا المكيل
والموزون لانها محل للاستيفاء فيكون محلا للرهن
بالثمن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين
وزنا والجودة ساقطة عند ابي حنيفة اذا تفاوتا
فيها اذ لا عبرة للجودة في الاموال الربوية عند
المقابلة في جنسها فيصير مستوفيا لحقه باعتبار الوزن
دون الجودة وهما اعتبراها فيضمن القيمة من خلاف
جنسه ويكون رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا
لتضرر فلو رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته
ثمانية بعشرة فهلك فهو بالعشرة عند ابي حنيفة
اعتبارا للوزن [illegible] الدين وضمنا المرتهن قيمته
ذهبا وجعلاها رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا
كل الدين باعتبار الوزن لبطل حق المرتهن في الجودة
فيتضرر به ولو صار مستوفيا من دينه ثمانية اعتبار
الوزن للقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من
حيث الوزن فيكون ربوا فلهذه الضرورة صرنا
الى التضمين من خلاف جنسه وقلنا ينتقض الاستيفاء
وجعل كانه لم يهلك ولانه كما يجب مراعاة حقه في الوزن
يجب مراعاة حقه في الجودة مهما امكن **فصل وقف**
بيع الراهن اي لزوم بيعه **رهنه** بغير اذن المرتهن

علي

على اجازته اذ لا يجوز بيع احد العاقدين بلا اذن صاحبه
اما المرتهن فلعدم ملكه واما الراهن فلتعلق حق
المرتهن بالعين **فان اجاز مرتهنه البيع او قضى** الراهن
دينه نفذ البيع لان المقتضي لنفاذه موجود وهو
التصرف الصادر عن الاهل في المحل وعدم نفاذه
انما هو لتعلق حق المرتهن بالرهن لاستيفاء دينه
وقد زال ذلك باجازته واخذه دينه **و**اذا نفذ البيع
باجازة المرتهن **صار ثمنه رهنا** وان لم يشترط ذلك على
الصحيح **وان لم يجز** المرتهن بيع الراهن **وفسخ لا ينفسخ**
البيع **في الاصح** بل يبقى موقوفا حتى لو افتكه الراهن
كان للمشتري سبيل عليه اذ لم ينفسخ وبقي موقوفا
صبر المشتري الى فك الراهن ليسلم له المبيع لان المانع
على شرف الزوال **او رفع الامر الى القاضي ليفسخ**
البيع بحكم العجز عن التسليم لان ولاية الفسخ الى القاضي
وصح اي نفذ **اعتاقه** اي اعتاق الراهن موسرا كان
او معسرا **وتدبيره** رهنه **واستيلاده رهنه** وهو قول
للشافعي وعنه لا ينفذ العتق مطلقا لانه تصرف
لاغ في حق المرتهن بالابطال فكان مردودا كالبيع ولما
تدبير الراهن العبد الرهن فيصح بالاتفاق واذا صح
التدبير والاستيلاد خرج المدبر وام الولد عن الرهنية
لبطلان المحلية لان استيفاء الدين لا يصح منهما **فان**
فعلها اي الراهن العتق والتدبير والاستيلاد حال
كونه **غنيا ودينه** اي دين المرتهن حال كونه **حالا**
اخذ المرتهن **الدين** لا قيمة الرهن اذ لا فائدة في اخذه
القيمة مع حلول الدين لانهما من جنس الدين استيفاء

له وفي دينه المؤجل اخذ المرتهن قيمته اي قيمة الرهن
رهنا مكانه الي محل اجله اي الدين لان تصرف الراهن
وان صادف ملكه الا انه تعدى الي حق المرتهن فيجب
ضمانه بحقه ان كان ويكون رهنا مكانه دفعا للضرر
عن المرتهن فاذا حل الدين اقتضاه المرتهن بحقه ان
كان من جنس دينه لان الغريم له ان يستوفي دينه
من مال الغريم اذا ظفر به وهو من جنس حقه ورد
الفضل لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان فعلها حال
كونه معسرا فسعى المعتق سعى العبد في الاقل من قيمته
ومن الدين وقضى به الدين ان كان حالا ووضعه رهنا
عنده ان كان مؤجلا فاذا حل الدين قضى به ثم يرجع
العبد بما ادى على سيده حال كونه غنيا لانه سعى
في دين على سيده بالزام الشرع له فكان مضطرا
في قضائه ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه
يرجع عليه بما قضى عنه وفي اختيه اي اختي العتق
وهما ثانيا التدبير والاستيلاد وسعى المدبر والمتولدة
اذا كان المولى معسرا في كل الدين لان كسبهما مملوك
للمولى فكان قادرا على اداء الدين به وهو لو كان
قادرا على اداء الدين من مال اخر امر بقضائه منه فكذا
اذا كان قادرا عليه بكسبهما بخلاف المعتق حيث يسعى
في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه ماله حقيقة
فلا يجبر على ان يقضي به دين سيده ولكن لما
سلمت له مالية رقبته وهي مشغولة بحق المرتهن
لزمته السعاية في قدرها ولا رجوع من المدبر والمتولدة
بما يؤديان قبل العتق على المولى بعد يساره لانهما

يؤديان من كسبهما وهو ملك المولى بخلاف المعتق حيث
يرجع لانه يؤدي من ملك نفسه وتلافه اي الراهن
رهنه بان استهلكه كاعتاقه اي الراهن العبد
الرهن حال كونه غنيا فان كان الدين حالا اخذ منه
وان كان مؤجلا اخذت قيمة الرهن وجعلت رهنا
مكانه الي حلول اجله لان الراهن ابطل حق
المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك حقه الا بجعل
قيمة الرهن رهنا مكانه واجنبي مبتدا صفته اتلفه
اي الرهن والخبر ضمنه اي الاجنبي مرتهنه قدر قيمته
يوم الاتلاف رهنا معه اي عند المرتهن لانه احق
بعين الرهن حال قيامه فكذا بما قام مقامه حال
هلاكه ورهن مبتدا صفته جملة اعارة مرتهنه
راهنه وقبضه الراهن او اعارة احدهما اي الراهن
والمرتهن باذن صاحبه انسانا اخر وقبضه ذلك
الاخر سقط ضمانه خبر المبتدا وكذا لكل منهما اي
الراهن والمرتهن اذا اعار احدهما الرهن انسانا
اخر ان يرده رهنا كما كان لان لكل منهما فيه حقا
محترما وان مات الراهن قبل رده اي الرهن الي المرتهن
فالمرتهن احق بالرهن من باقي غرمائه لان عقد
الرهن باق من حكم الضمان حال الاعارة وكونه غير
مضمون على المرتهن حال الاعارة لا يدل على انه غير
مرهون في تلك الحالة فان ولد الرهن مرهون
وهو غير مضمون ومرتهن مبتدا صفته جملة اذن له
باستعمال رهنه وجملة ان هلك اي الرهن قبل عمله او بعده
ضمن خبر المبتدا اما قبل العمل فلبقاء يد المرتهن ويبقى

ضمانه واما بعد العمل فلارتفاع يد العارية بتعود ضمانه
وصار كالرهن الخالص عن الاذن بالاستعمال وان
هلك حالة عمله لا يضمن لثبوت يد العارية بالاستعما ل
وهي مخالفة ليد الضمان وصح اعارة شي ليرهن
لان المالك رضي بتعليق دين المستعير بماله وهو يملك
تعلقه بذمته بالكفالة ولان الرهن للاستيفاء وللمالك
ان ياذن للمستعير في ايفاء دينه فان اطلق المعير
او قيد بقدر او جنس او مرتهن او بلد يجري الرهن
عليه اي على الاطلاق في المطلق وعلى التقييد في
المقيد ففي الاطلاق للمستعير ان يرهن بالقليل والكثير
باي جنس كان لان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا
في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة وفي التقييد
بالقدر ليس للمستعير ان يرهن باكثر مما سمي اذ ربما
لا يرضى المعير الا بان يكون ملكه محبوسا بما يتيسر
تحصيله عليه او على المستعير دون ما يتعسر عليهما ولا باقل
مما سمي اذ ربما يكون غرض المعير ان يصير المرتهن
عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع هو على المستعير
بذلك وفي الاقل مما سمي يفوت ذلك الغرض فيكون
مخالفا فيضمن الا اذا عين له اكثر من القيمة فرهنه
باقل وهو مثل القيمة فانه لا يضمن لانه خالف الى خير
لان اداء الاقل ايسر من اداء الاكثر وغرضه من الرجوع
عليه بالكثير حاصل لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان
الاستيفاء لم يقع الا به وفي التقييد بالجنس ليس
للمستعير ان يرهن بجنس غيره اذ قد يتيسر على المعير
اداء جنس دون جنس وكذا لو سمى له ان يرهن من رجل

بعينه ليس له ان يرهن من غيره لان الناس متفاوتون
في الحفظ واداء الامانة وكذا لو قال ارهنه بالكوفة
ليس له ان يرهنه بالبصرة لان الانسان قد يرضى
بان يكون ماله في بلد دون بلد لان الاماكن متفاوتة
في الحفظ فان خالف المستعير وهلك الرهن ضمن
المستعير القيمة اي قيمة الرهن لانه تصرف في ملك
غيره على وجه لم ياذن له فيه فصار غاصبا واذا ضمن
المستعير القيمة تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن
لان المستعير ملكه باداء الضمان فتبين انه كان
رهن ملك نفسه وان شا المعير ضمن المرتهن فلا يتم
عقد الرهن بين الراهن والمرتهن فيرجع المرتهن
على الراهن بما ضمن وبالدين اما بالدين فظاهر واما
بما ضمن فلان الراهن ورطه في ذلك وصار كما لو
مات العبد المرهون ثم استحق المرتهن وان وافق
المستعير المعير بان رهن المستعار بما سمى المعير وهلك
الرهن عند المرتهن فقدر دين اي فعلى المستعير
مقدار دينه اوفاه منه اي من المستعار فان كانت
قيمة الرهن مثل الدين او اكثر فقد استوفى المرتهن
منه كل الدين فيضمن المستعير للمعير مثل الدين في
الصورتين لان المستعير قضى دينه من مال المعير ومن
قضى دينه من مال غيره ضمن له قدر دينه ولا يضمن
المستعير القيمة وعلى الراهن للمرتهن بقية دينه
وعليه للمعير قيمة الرهن لانه قضى قدرها من الدين
بمال المعير وكذا ان اصاب الرهن عيب نقص قيمته
ذهب من الدين بحسابه ووجب على الراهن مثله

لانه ليس بمتعد وان كانت قيمة
الرهن اقل من الدين ذهب
الدين بقدر قيمة الرهن

للمعير ولا يمتنع المرتهن اذا اقضي المعير دينه وفك رهنه
لان المعير محتاج الي ذلك لتخليص ملكه ورجع المعير
علي الراهن بما ادي لانه قضي دين الراهن مضطرا فلا يكون
متبرعا قيد بالمعير لان الاجنبي اذا اقضي الدين فللمرتهن
ان يمتنع لانه متبرع لانه ليس في تخليص ملكه ولو هلك
المستعار مع الراهن اي عنده اقبل رهنه او بعد فكه
لا يضمن الراهن لانه لم يصر به قاضيا لدينه ولا لشي
منه بهذا الهلاك وقضاء الدين او شي منه بهلاكه
الرهن المستعار هو الموجب لضمانه وجناية الراهن
علي الرهن مضمونة لان الرهن تعلق به حق المرتهن
وتعلق حق غير المالك بالمال يجعل المالك كالاجنبي
الا ترى ان تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ
تصرفه فيما زاد علي الثلث ثم المرتهن ان كان دينه
حالا ياخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه
وان كان دينه موجلا يحبسه بالدين فاذا حل اخذه
بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه حتى يستوفي
دينه وجناية المرتهن علي الرهن تسقط من دينه
بقدرها لان جناية المرتهن علي الرهن مضمونة
لان الرهن ملك مالكه وقد تعدي عليه المرتهن
فيضمنه مالكه فيسقط من دينه قدر قيمة الجناية
بحكم عقد الرهن وما زاد عليه يضمنه بالاتلاف كالمودع
اذا اتلف الوديعة وجناية الرهن عليهما اي علي
الراهن والمرتهن اذا كانت موجبة للمال بان كانت
خطا في النفس او فيما دونه وجنايته علي مالهما هدر
وقالا جناية الرهن علي المرتهن معتبرة وهو مذهب

مالك

مالك والشافعي واحمد قيد بالجناية بكونها موجبة
للمال لان الجناية الموجبة للقصاص يستحق بها دية
والمولى من دم مملوكه كاجنبي اذ لم يدخل في ملكه
الا من حيث المالية واما جناية الرهن علي مال
جناية الرهن علي مال المرتهن فلا يعتبر بالاتفاق
ان كانت قيمته والدين سواء اذ لا فايدة في اعتبار ها
لانه لا يتملك بها العبد لاستيفايه بالدين وتملكه
بما هو الفايدة وان كانت قيمته اكثر من الدين
فعن ابي حنيفة انها يعتبر بقدر الامانة لان
ذلك الفضل ليس في ضمانه وعنه انها لا يعتبر
لان الفضل وان لم يكن مضمونا فحكم الرهن
فيه ثابت وهو الحبس بالدين فصار بمنزلة
المضمون واما جناية الرهن علي ابن الراهن
او ابن المرتهن فمعتبرة علي الصحيح حتى يدفع
بها او يفدي ونما الرهن كولده ولبنه وصوفه
وثمرته للراهن لانه متولد من ملكه وهو رهن
مع اصله لانه تبع له بخلاف الغلة والكسب فانه
لا يكون رهنا لفقه وعند احمد يكون رهنا معه
وعند مالك الولد فقط وعند الشافعي لا في الكل
لكن اذ هلك النما في يد المرتهن يهلك بلا شي
فلا يسقط به شي من الدين لانه تبع لاصله والاتباع
لا قسط لها مما يقابل اصلها لانها لا تدخل تحت
العقد علي سبيل القصد لان اللفظ لا يتناولها
وان هلك الاصل وبقي هو اي النما فك
بقسطه من الدين لان النما يصير مقصودا بالانفكا ك

والبيع يقابله فسقط مما يقابلها بل اصله اذا صار مقصودا
يقسم الدين على قيمته اي قيمة النماء **يوم الفكاك**
لانه بالفكاك صار مقصودا **وعلى قيمة الاصل يوم**
القبض لان الرهن انما يصير مضمونا بالقبض
فيعتبر قيمته وقت اعتباره كما يعتبر قيمة النماء
وقت اعتباره **ويسقط حصة الاصل** من الدين
لانها تقابل الاصل ولو اذن الراهن للمرتهن
في اكل زوايد الرهن بان قال مهما زاد فكله
فلا ضمان عليه ولا يسقط شي من الدين
لانه اتلفه باذن الراهن واباحته والاباحة
يجوز تعليقها بالشرط بخلاف التمليك **وتبديل**
الرهن بان رهن عبدا يساوي الفا بالف
ثم اعطى عبدا اخر قيمته الف مكان الاول
والزيادة فيه اي في الرهن بان رهن ثوبا
بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا
اخر ليكون رهنا مع الاول بتلك العشرة **يصح**
والزيادة **في الدين** بان رهن عبدا بالف ثم حدث
للمرتهن على الراهن دين اخر بعشرة او استقرض
ليجعله الرهن بالدين القديم رهنا به وبالحادث
لا اي لا يصح بل يكون كل الرهن بالدين السابق
فقط اما تبديل الرهن فجائز اتفاقا واما الزيادة
فيجوز في الرهن عند ابي حنيفة وصاحبيه
ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد وهو
القياس ويجوز عند ابي يوسف في الدين ايضا
ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وبقي بعده زيادة

فقد يقسم الدين على قيمة الاول يوم قبضه
وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لان كل واحد منهما
له دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر
ولو هلك الرهن في يد المرتهن **بعد الابراء** اي ابراء
المرتهن الراهن من الدين او بعد ما وهب المرتهن
للراهن الدين من غير منع المرتهن فقيمته للراهن
وهو القياس واما لو منعه المرتهن بعد الابراء او الهبة
ثم تلف في يده ضمن قيمته اتفاقا لانه بالمنع صار
غاصبا **لا بعد القبض** اي لا يهلك الرهن بلا شي
لو هلك في يد المرتهن بعد استيفائه الدين من
الراهن او من متبرعه بل يهلك بالدين ويجب
على المرتهن رد ما قبض من الدين الى من قبض منه
وهو الراهن او المتبرع **او هلك بعد الصلح** اي صلح
المرتهن الراهن بالدين على عين او هلك بعد
اشترائه منه به عينا لان هذا استيفاء **او هلك**
بعد ان احال الراهن المرتهن على غيره **بل يهلك بالدين**
لان الحوالة لا يسقط الدين ويرد المرتهن **ما قبض**
في ذلك كله ويهلك الرهن بالدين **ويبطل الحوالة**
وكذا لو تصادقا اي على ان لا دين **ثم هلك** الرهن هلك
الدين وقيل الصواب انه لا يهلك مضمونا **كتاب**
الكفالة هي لغة مطلق الضم قال تعالى وكفلها
زكريا اي ضمها الى نفسه ليربيها وقال عليه السلام
انا وكافل اليتيم كهاتين وفي رواية انا وكافل اليتيم
في الجنة هكذا واشار باصبعيه رواه مسلم والنسائي
والترمذي عن سهل بن سعد الساعدي وشرعا

ضم ذمة الكفيل الى ذمة المكفول في المطالبة لا كما قال
بعض المشايخ وهو مذهب الشافعي انها ضم ذمة
الى ذمة في الدين بان يثبت الدين في ذمة الكفيل ولا
يسقط عن ذمة المكفول مع بقائه لان التزام المطالبة
ينبني على التزام اصل الدين فيثبت الدين في ذمة
الكفيل مع بقائه في ذمة المكفول ولا يستوفى الا
من احدهما كالغاصب وغاصب الغاصب فان كل
واحد منهما ضامن القيمة وحق المالك في قيمة واحدة
واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر وقال
مالك الاصيل يبرا عن الدين بالكفالة كما في الحوالة
هو اي كون الكفالة ليست ضم ذمة الى ذمة في
الدين الاصح لان جعل الدين الواحد في حكم دينين
قلب للحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة
ولا ضرورة هنا لان التوثيق يحصل بتعدد المطا
ثم ركن الكفالة الايجاب والقبول عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف اخرا ومالك واحمد وهو
قول للشافعي يتم بالكفيل وحده وجد القبول لم لا
واختلف على قول ابي يوسف فقيل تصح من
الكفيل موقوفة على اجازة الطالب وقيل
نافذة وللطالب حق الرد وحكمها ثبوت المطالبة
على الكفيل مع الاصيل عند عامة الفقها وعن
مالك وابي ثور لا يطالب الضامن الا اذا تعذر
مطالبة المضمون وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة
وداود وابو ثور ينتقل الحق الى ذمة الكفيل فلا
يطالب الاصيل اصلا كما في الحوالة ومشروعية

الكفالة ثابتة بالكتاب قال تعالى حكاية عمن قبلنا
الا ان يعرض الانكار ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
اي كفيل وهي لغة اهل المدينة وبالسنة وهي ما روى
ابو داود والترمذي من حديث ابن عباس ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال العارية مؤداة والمنحة
مردودة والدين مقضي والزعيم غارم وبالاجماع
فان الامة اتفقت على جواز الضمان وانما اختلفوا
في فروع فيه وهي اما كفالة بالنفس وان تعددت
الكفلاء بها وهي جائزة لاطلاق قوله عليه السلام
الزعيم غارم فانه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها
وتنعقد الكفالة بالنفس بتكفلت او كفلت بنفسه
او ببدنه او جسده او بما صح اضافة الطلاق والعتاق
اليه وهو ما عبر به عن البدن حقيقة لغوية كالنفس
والجسد او عرفية كالروح والراس والوجه والرقبة
على ما مر في الطلاق وبنصفه بجزء شائع كنصفه
او ثلثه وجزئه وجزء منه لان النفس الواحدة
في حق الكفالة لا تتجزى اذ المستحق بكفالتها
احضارها واحضار جزئها الشائع دون كلها
لا يمكن فصار ذكره كذكر كلها بخلاف اليد والرجل
لانه لا يعبر بهما عن البدن ولهذا لا يقع الطلاق
والعتاق بهما وقال الشافعي ينعقد الكفالة ايضا
بجزء لا يمكن فصله كالقلب والكبد وبه قال احمد
في رواية وقال مالك بكل عضو من البدن فلو قال
كفلت بعينه كانت كفالة بالنفس عنده وهو
وجه في مذهب الشافعي واحمد وكذا ينعقد

كفالة النفس **بضمنته** لانه موجب عقد الكفالة
اذ بها يصير الكفيل ضامنا للتسليم والعقد ينعقد
بموجبه كالبيع بلفظ التمليك **او** هو على لان كلمة على
للالتزام فكانه قال انا ملتزم بتسليمه **او** هو الي لان
الي ههنا بمعنى على قال عليه السلام من ترك مالا
فلورثته ومن ترك كلا فالينا رواه الشيخان في
الفرايض من حديث ابي هريرة ولا يبعد ان يكون
تقدير الحديث فالينا مرجعه **وانا زعيم** لما تقدم
او قبيل لانه بمعنى الكفيل وسمي الصك قبالة لانه
يحفظ الحق كالكفيل ولا تنعقد الكفالة بانا ضامن
لمعرفته لان موجب الكفالة التزام التسليم وهو ضمن
المعرفة لا التسليم فصار كالتزامه دلالة عليه **ولا جبر**
عليها اي لا الزام للحاكم على الكفالة بالنفس **في حد**
ولا في قصاص بان يكون المكفول به نفس من عليه
حد او قصاص وهذا عند ابي حنيفة واحمد
والشافعي في قول وقال ابو يوسف ومحمد تجبر عليها
في حد القذف وفي حد القصاص وهو قول مالك
والشافعي في المشهور لان الكفالة بالنفس مشروعة
وتسليم النفس واجب على الاصيل في دعوى الحد
والقصاص فصحت الكفالة بهما فيهما كما في دعوى
المال بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى لان الكفالة
شرعت وثيقة لنا كيلا يفوت حقنا والله
تعالى غني عن ذلك وبخلاف نفس الحد والقصاص
لانه لا يمكن استيفاوه من الكفيل ولابي حنيفة
ان الكفالة للاستيثاق ومبنى الحد والقصاص

على

على الدرء فلا يجبر المطلوب على الكفيل فيهما بخلاف
ساير الحقوق فانها لا تسقط بالشبهات فيليق
الاستيثاق بها وقيد بالجبر لان المطلوب بحد يصح
الجبر فيه على اعطا الكفيل بالنفس لانه محض
حق العبد ولهذا يثبت بالشبهة وبالشهادة
على الشهادة ويحلف فيه كالاموال وعن المرغينا ني
ليس الجبر ههنا الحبس ولكن امره بالملازمة ولبث
الملازمة المنع من الذهاب ولكن ان يذهب
الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا
يتغيب فاذا انتهى الى باب الدار واراد الدخول
يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل
معه ويسكن معه حيث يسكن وان لم ياذن
له يجلس الطالب في باب داره ويمنعه من الدخول
كيلا يتغيب بالخروج من موضع اخر **ويلزمه** اي
الكفيل بالنفس **احضار المكفول به مطلقا** وهو الذي
لم يعين وقت احضاره اذا طلب المكفول له احضاره
او احضار المكفول به **في وقت عين** احضاره **اذا طلب**
المكفول له احضاره فيه هذا قيد في المسالتين
والحاصل ان المكفول به الذي لم يعين وقت
احضاره يلزم الكفيل احضاره في اي وقت طلب
المكفول له احضاره ان طلبه المكفول له في ذلك
الوقت او بعده كالدين الموجل اذا طلبه صاحبه
عند حلول الاجل او بعده ولا يلزم الكفيل احضاره
ان طلبه المكفول له قبل الوقت الذي عينه
لانه لم يلتزم ذلك لكن لو سلمه له بطلب او بدونه

قبل الوقت الذي عينه برئ لان الاجل حق الكفيل فيملك اسقاطه فان لم يحضره اي الكفيل المكفول به في مسالتي الاطلاق والتعيين حبسه الحاكم لانه امتنع عن ايفاء ما وجب عليه بالتزامه فصار ظالما لكن لا يحبسه اول مرة لان الحبس عقوبة ظلم ولم يظهر ظلمه اذ لعله ما دري بما ادعي عليه فيمهل حتى يظهر مطله ولو غاب المكفول به ولم يعلم الكفيل مكانه لا يطالب به ان صدقه الطالب لانه عاجز فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وفي الايضاح وهذا يعني حبس الحاكم الكفيل ان لم يحضر المكفول به اذا لم يظهر عجزه اما اذا ظهر فلا معنى للحبس الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله كالمفلس اذا اخرجه القاضي من الحبس وبرئ الكفيل من الكفالة بالنفس بموت من كفل به لان الكفيل تبع للمكفول في سقوط ما عليه والذي على المكفول هنا حضوره وقد سقط عنه بموته فيسقط احضاره عن كفيله وبهذا قال احمد وهو وجه في مذهب الشافعي والوجه الاخر وهو الاصح في مذهبه ان الكفيل يطالب باحضاره ما لم يدفن اذا اراد المكفول له اقامة الشهادة على صورته وقيل يطالب بما عليه منه وجهان اصحهما لا يطالب به قال اصحابنا و احمد والشعبي وشريح وحماد وقال مالك والليث يلزمه ما عليه وبه قال ابن سريج من اصحاب الشافعي وبرئ الكفيل ايضا من الكفالة بتسليمه

اي تسليم

اي تسليم الكفيل من كفل به الى المكفول له وبتسليم من يقوم مقام الكفيل وهو وكيله ومن هو يعبر عنه وهو رسوله كتسليم الكفيل لان تسليمهما كفعله حيث يمكنه اي في مكان يمكن المكفول له مخاصمته اي مخاصمة المكفول به لانه ما التزمه وهو تسليم المكفول به في مكان يحصل فيه المقصود ولا حاجة الى ابقاء الكفالة لانه لا يلتزم تسليمه الا مرة واحدة لو سلمه في برية او سواد لم يبرا لانه لا يقدر على المخاصمة فيهما لعدم الحاكم ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرا الكفيل وقال مالك يبرا وقال احمد ان كان في سجن القاضي الذي يرفع الحكم اليه يبرا والا فلا ولو سلمه في مصر اخر غير الذي عينه في الكفالة برئ عند ابي حنيفة وبعض اصحاب احمد ولم يبرا عند ابي يوسف ومحمد وبه قال مالك والشافعي واحمد ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الطالب وذلك برفع الموانع ويقول له سلمت اليك بحكم الكفالة حتى لو لم يقل ذلك لم يبرا لان التسليم قد يكون بغير حكم الكفالة ولو سلم الكفيل المكفول فلا بد من ان يقول ذلك الا اذا سلمه بعد الطلب لدلالة الطلب على ان التسليم بحكم الكفالة ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول ويبرا ايضا بالتخلية كالغاصب اذا اراد المغصوب او قيمته والمديون اذا قضى الدين وبرئ ايضا من الكفالة بتسليمه اي المكفول

به نفسه اي المكفول له هنا اي حيث يمكن المكفول
له مخاصمة المكفول به لحصول المقصود ولا بد ان يقول
عند تسليم نفسه سلمت اليك بحكم الكفالة لما
قدمنا وان شرط تسليمه عند القاضي اي للوصل بالمسالتين
السابقتين وانما برئ بالتسليم عند غير القاضي
مع شرط التسليم عنده لان المقصود وهو التسليم
علي وجه يتمكن المكفول له من احضاره الي مجلس
الحكم قد وجد وقيل لا يبرا في زماننا اذا شرط تسليمه
في مجلس القاضي فسلم في غيره ما يمكن مخاصمته
فيه كالسوق وهو قول زفر وبه يفتي لان اكثر
الناس في زماننا يعينون المطلوب من الحضور
الي مجلس القاضي للعناد وغلبة الفساد فكان
التقييد بمجلس القاضي مفيدا وان مات المكفول له
لم تبطل الكفالة فلوصيه او وارثه مطالبته اي مطالبة
الكفيل بالمكفول به لان وصيه قائم مقامه في
استيفاء حقوقه ووارثه خليفته فيها بخلاف
الكفيل بالنفس حيث تبطل الكفالة بموته
لان التسليم منه لا يمكن ووارثه ووصيه لا يقومان
مقامه الا فيما له والكفالة عليه وان تكفل بنفسه علي انه
اي الكفيل اذا لم يواف به اي بالمكفول بنفسه الي الطالب
غدا فعليه المال الذي علي المكفول صح هذا العقد
بما اشتمل عليه من كفالتي النفس والمال وقال
مالك والشافعي لا يصح فان لم يسلم الكفيل المكفول
بنفسه الي الطالب غدا مع قدرته ضمن الكفيل
المال لوجود الشرط ولم يبرا من كفالته بالنفس

اذلا

اذ لا منافاة بين الكفالتين ولهذا لو كفل بهما جميعا
صحت وقد صحت الكفالة بالنفس فلا يبرا منها
الا بالموافاة بها ولم توجد وان مات او جن المكفول
عنه اللام للعهد والمعهود هو المكفول بنفسه
الذي شرط كفيله انه لم يواف به غدا فعليه ما عليه
من المال ضمن الكفيل المال لتحقق الشرط وبرئ
من الكفالة بالنفس لموت المكفول بنفسه واما
بالمال عطف علي اما بالنفس فتصح الكفالة وان
جهل المكفول به اذا صح دينه قيد به احترازا عن بدل
الكتابة لانه ليس بدين صحيح لان الدين الصحيح
لا يسقط الا بالاداء او الابراء وبدل الكتابة يسقط
بغيرهما وهو عجز المكاتب او لثبوت في ذمة المكاتب
مع المنافي لانه عبده ما بقي عليه درهم والمولي لا
يستوجب علي عبده دينا الا انه لحاجته الي العتق
يثبت الدين فكان ثابتا في حقه لا في حق صحة
الكفالة وقال الشافعي في الجديد والثوري والليث
وابن ابي ليلي وابن المنذر لا يصح ضمان المجهول
لان الضمان التزام مال فلا يصح اذا كان المال
مجهولا كالثمن في البيع ولنا قوله تعالي ولمن
جاء به حمل بعير وانا به زعيم وحمل البعير يختلف
باختلاف البعير نحو كفلت بما لك عليه وهو لا يعلم
كم له عليه او بما يدركك في هذا البيع وهو لا يعلم ما يدركه
فيه وهذه كفالة الدرك وهي جائزة بالاجماع
والدرك التبعة بسكون وبحركة او علق الكفالة عطف
علي جهل المكفول به اي ويصح الكفالة بالمال

ان علقها الكفيل بشرط ملايم نحو ما بعت فلانا فعلي
ثمنه او ما ذاب اي وجب وثبت مستعار من ذوب
الشحم لك عليه اي على فلان فعلي او غصبك فلان فعلي
قيد لفلان اشارة الى ان المكفول عنه يجب ان يكون
معلوما لان جهالته تمنع صحة الكفالة نحو ما غصبك
احد فعلي وقيد الشرط بالملايم لان غيره لا يصح تعليق
الكفالة به وفسر الشروط الملايم بما يكون شرطا
لوجوب الحق كان استحق المبيع او شرطا لامكان
الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه او شرطا
لتعذر الاستيفاء كان غاب عن البلد وان علق الكفيل
الكفالة بمجرد الشرط اي شرط غير ملايم فلا اي
فلا اي فلا يصح الكفالة ولا يجب المال ذكره قاضي
خان وغيره كان هبت الريح او ان جاء المطر او ان
دخل زيد الدار ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب
الريح ونحوه لا يصح التاجيل ويصح الكفالة ويجب
المال حالا وعند الشافعي واحمد لا تصح الكفالة ثم
مذهب الشافعي ان تعليق الكفالة بالشرط
لا يصح مطلقا لانه تعليق المال بالخطر ولنا الاجماع
على صحة الكفالة بالدرك وهي مضافة الى سبب
الوجوب بالاستحقاق وقوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم حيث علق الكفالة بشرط
مجي الصواع وشريعة من قبلنا اذا قص الله تعالى
علينا بلا انكار شريعة لنا ثم الكفالة بالنفس
كالكفالة بالمال في جواز تعليقها بشرط ملايم
وعدم جوازه بشرط غير ملايم وجواز تاجيلها
الي اجل

الى اجل معلوم ومجهول جهالة يسيرة كالتاجيل الى
العطا والى قدوم الحاج لا الى هبوب الريح ونحوه فان
اجل اليه بطل الاجل دون الكفالة ولزم تسليم النفس
في الحال وان كفل بمالك عليه ضمن ما قامت به بينة لان
الثابت بالبينة كالثابت بالعيان وان لم يقم بينة
فالقول للكفيل في قدر ما اقر به لانه منكر للزيادة
والقول قول المنكر مع يمينه لو اقر الاصيل باكثر
مما اقر الكفيل صدق الاصيل في الزيادة عليه لان منكر
له ولاية عليها فقط اي لا يصدق على الكفيل اذ لا ولاية
له عليه فاذا طالب الدين احدهما اي الاصيل او الكفيل
فله اي للداين مطالبة الاخر لان الكفالة كما مر ضم
ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام المطالبة
الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرط البراءة عنها
فان الكفالة حينئذ يكون حوالة اعتبارا للمعنى كما
ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل يكون كفالة
ويرجع الكفيل عليه بعد الادا ان كفل بامره لانها تصرف من
الكفيل في نفسه بالتزام ان يطالبه الداين ولا ضرر
على الاصيل في ذلك فان امر الاصيل الكفيل بالكفالة
رجع الكفيل عليه بعد ادايه بما ضمنه سوا ادي ما ضمنه
او ادي خلافه حتى لو كفل بالف جياد وادي الفا
زيوفا برضا الطالب رجع بالجياد ولو كفل بالف زيوفا
وادي جيادا يرجع بالزيوف اما رجوعه على الامر
فلانه ادي دينه بامره فيرجع به عليه واما بما ضمنه
فلان رجوعه بحكم الكفالة فكان بما دخل تحت ضمانه
لان لزوم الكفيل بالمال من جهة الدين لازم الكفيل

بيانه نسخ

بامر الاصل وبلا امره ح

اصيله حتي يخصله وان حبس الكفيل حبسه اي حبس
الكفيل اصيله لان ما لحقه انما هو من جهة فيعامله بمثله
وابراوه اي ابراء الدين الاصيل وتاجيله اي تاخير
الداين الدين عن الاصيل يبريء الي الكفيل لان الكفيل
ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فتسقط بسقوطه
وتاخر بتاخره لا عكسه اي ليس ابراء الكفيل او تاجيله
عنه يبري الي الاصيل لان ما علي الكفيل فرع لما علي
الاصيل وسقوط الفرع او تاجيله لا يوجب سقوط
الاصيل او تاجيله وان صالح الكفيل الداين عن الف علي مائة
بري الاصيل لان الكفيل اضاف الصلح الي الالف التي
علي الاصيل فبري الاصيل وبري الكفيل ايضا لان
براة الاصيل توجب براءة الكفيل رجع الكفيل
علي الاصيل بها اي بالمائة ان كفل بامره لانها القدر
الذي اداه ان صالح الكفيل عن الف علي جنس اخر
رجع علي الاصيل بالالف لان الصلح بجنس اخر مبادلة
بالدين فيملكه ومن قيمة ما دفع وان صالح الكفيل
الداين عن موجب الكفالة لا يبرا الاصيل لان هذا ابراء الكفيل
وحده لان موجب الكفالة ليس الا المطالبة الكفيل
ولا يصح تعليق البراة منها اي عن الكفالة بشرط
لان في الابراء عنها معني التمليك فلا يقبل التعليق
كسائر البراءات ولا يصح الكفالة بالحدود والقصاص
لان الكفالة انما تصح بما يجري النيابة في ايفايه والنيابة
لا يجري في العقوبات لان الغرض من شرعها زجر
المفسدين عن الفساد وهو لا يتحقق اذا اقيم علي
غير الجاني ولا يصح الكفالة بالمبيع عن البايع لانه قبل

القبض

يعني يرجع بطعام الاصيل
فقوله لما لك الذي ... وادى
يرجع بالالف الذي ... الدين ...

106

القبض مضمون بغيره وهو الثمن الا تري انه لو هلك
لا يجب علي البايع شي بل ينفسخ البيع والمضمون بغيره
مضمون بوجه دون وجه فلا يصح الكفالة به لا شك
بخلاف الثمن فانه تصح الكفالة به عن المشتري لانه
دين كسائر الديون ولا يصح الكفالة بالمرهون لانه
مضمون بغيره وهو الدين يسقط به اذا هلك والامانات
لانها غير مضمونة اصلا كالوديعة والعارية والمستاجر
ومال المضاربة والشركة وعند ابي يوسف ومحمد العين
في يد الاجير المشترك مضمونة فيصح الكفالة بها
عندهما ولا بالحمل علي دابة مستاجرة للحمل معينة ولا بخدمة
عبد كذا اي مستاجر للخدمة معين لان الكفيل
عاجز عن تسليم العبد والدابة لكونهما ملك غيره فقيد	هما
بالتعيين اذ لو كانا غير معينين صحت الكفالة
فيهما لان المستحق حينئذ الحمل علي دابة وخدمة
عبد ويقدر الكفيل علي ايفاء ذلك بان يحمل علي دابة
نفسه ويخدم بعبد نفسه ولا يصح الكفالة عن
ميت مفلس اي لم يترك مالا ولا كفيلا عنه وعليه
دين سواء كان الكفيل اجنبيا او وارثا وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك
والشافعي واحمد يصح لانه عليه السلام اتي بجنازة
انصاري فقال هل علي صاحبكم دين فقالوا نعم
درهمان او ديناران فقال صلوا علي صاحبكم
فقال ابو قتادة هو علي وفي رواية هما علي يا رسول
الله فصلى عليه ولو لم يصح الكفالة لما صلى عليه
بعدها ولانها كفالة بدين واجب فتصح كما لو كانت

في حياته ولان الدين لا يسقط الا بالايفاء او الابراء او الا
نفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شي من
ذلك ولهذا ايواخذ به في الاخرة ولا يبرا الكفيل في حياته
بموته ولو تبرع انسان بقضايه صح ولابي حنيفة
ان الكفالة عن الميت المفلس كفالة بدين ساقط
والكفالة بدين ساقط باطلة لان صحة الكفالة تقتضي
قيام الدين في احق احكام الدنيا لتحقق معنى الكفالة
التي هي ضم الذمة في المطالبة وانما لم يبرا بموته كفيله
في حياته لانه كان خلفه في الاستيفاء منه فجعل
الدين باقيا في حقه كما لو كان للميت مال وصح التبرع
بقضايه لان صحة تمليك المال لا يتعلق بوجود الدين
والحديث يحتمل ان يكون اقرارا بكفالة سابقة فان
لفظ الاقرار والانشاء في الكفالة سواء ولا عموم لحكاية
الفعل ويحتمل ان يكون وعدا لا كفالة وكان امتناعه
عليه السلام من الصلاة عليه ليظهر طريق قضاء
ما عليه فلما ظهر بالوعد صلي عليه ولا يصح الكفالة
سواء كانت بالنفس او المال بلا قبول الطالب في المجلس
اي مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يصح واختلف المشايخ علي قوله فقيل عنده
يصح بوصف التوقف حتي ان رضي به الطالب
بعد القيام من المجلس نفذ وان لم يرض به بطل
وقيل بوصف النفاذ ورضي الطالب ليس بشرط عنده
وهو الاصح الا ان المطالب حق الرد الا في مسالة واحدة
وهي اذا كفل وارث عن مورثه في مرضه بان قال مريض
لوارثه تكفل عني بما علي من الدين لغرمايي فتكفل

عنه

عنه مع غيبة غرمايه وكان القياس علي قولهما ان لا يصح
الكفالة في هذه المسالة ايضا لان الطالب غير حاضر
ولان الصحيح لو قال هذا لوارثه فضمنه لم يصح فكذا
المريض ووجه الاستحسان ان هذا انما يصح بطريق
الوصية من المريض لوارثه بان يقضي دينه لا بطريق
الكفالة عنه ولهذا اصح وان لم يسم المريض الدين ولا رب
الدين لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية وقالوا انما يصح
اذا كان له مال ولو قال المريض لاجنبي تكفل عني بما
علي من الدين فتكفل عنه اختلف المشايخ فقيل لا
يصح وقيل يصح ولا يصح الكفالة بمال الكتابة وهو
قول اكثر اهل العلم وعن احمد في رواية يصح والعهدة
بالجر اي ولا يصح الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشتري
عبدا فيضمن له احد عهدته وانه لم يصح ذلك لان
العهدة اسم يقع علي الصك القديم وهو ملك البايع
وعلي العقد وعلي حقوقه وعلي الدرك وعلي
خيار الشرط فبطلت كفالته للجهالة بخلاف الدرك
فان كفالته صحيحة بالاجماع لانه عبارة عن ضمان
الثمن عند استحقاق المبيع وهو امر معلوم مقدور
التسليم والخلاص اي ولا يصح الكفالة بالخلاص وهذا
عند ابي حنيفة وعندهما يصح وهذا الخلاف مبني
علي تفسيره فعندهما هو تخليص البايع ان قدر
عليه ورد ثمنه ان لم يقدر وهذا ان الدرك في المعني
وعنده تخليص المبيع عن المستحق وتسليمه الي
المشتري والكفيل لا يقدر علي ذلك لان المستحق
لا يمكنه منه ولو كفل بتخليص المبيع او رد الثمن صح لانه

كفل بما يمكنه الوفاء به وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق
ورد الثمن ان لم يجز **ولا يصح ضمان المضارب الثمن** اي ثمن
سلعة المضاربة لرب المال **ولا ضمان الوكيل بالبيع**
الثمن لموكله لان الضمان التزام المطالبة وهي للوكيل
والمضارب لانها من حقوق البيع وهما عاقدان له
وحقوق البيع لا ترجع الا الى العاقد فلو صح ضمانهما
لكان كل منهما ضامنا لنفسه وانه لا يجوز **ولا يصح ضمان**
احد البايعين حصة صاحبه من ثمن عبد مثلا باعاه بصفقة
لانه بضمانها شايعا يصير ضامنا لنفسه اذ ما من جز
يودي به المشتري الا وهو مشترك بينهما وضمان انسان
لنفسه باطل وبضمانها معينا يصير قاسما للدين قبل
قبضه وهي باطلة لان القسمة افراز وحيازة بان يصير
حق كل واحد منهما في حيز على حدة ولا يتصور
هذا الا في حسي والدين ليس بحسي قيد بصفقة
لانهما لو باعاه صفقتين بان سمى كل واحد منهما لنفسه
ثمنا ثم ضمن احدهما للاخر صح ضمانه اذ لا شركة بينهما
لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الاخر
وصح كفالة الخراج اي ضمانه كما في نسخة والمراد به
الخراج الموظف كما في بعض شروح الهداية لانه دين
لازم يحبس به ويلازم لاجله ويمنع وجوب الزكوة
ويطالب به اشد المطالبة فكان كساير الديون
بخلاف الزكوة حيث لا يصح ضمانها وان كانت دينا
مطالبا به لان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال
محل لاقامتها ولهذا لا يستوفي من تركة من هي عليه
بلا وصية كما يستوفي ساير الديون صح كفالته

النوايب جمع نايبة وهي ما ينوب الانسان ويطالب
به اما بحق كاجرة الحارس المشترك وكري النهر المشترك
وما وظفه الامام عند الحاجة الى تجهيز جيش
لقتال المشركين او الى فداء اسارى المسلمين
في وقت خلو بيت المال وهذا النوع يصح الكفالة
به باتفاق لانه مال مضمون واما بغير حق كالجبايات
التي تؤخذ على غير ما ذكرنا وهذه لا يصح الكفالة
بها عند صدر الاسلام البزدوي وفي مذهب مالك
والشافعي واحمد لان الكفالة التزام المطالبة
بما على الاصيل شرعا ولا شي من هذه على الاصيل
كذلك وتصح عند فخر الاسلام علي البزدوي وشمس
الايمة وقاضي خان لانها في حق المطالبة فوق ساير
الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت
لالتزامها ولهذا قالوا من قام بتوزيع هذه النوايب
على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ ظالما
وقالوا ان من قضى نايبة غيره بامره رجع عليه
وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره قال
المصنف والفتوى على الصحة كما في الديون الصحيحة وقال
الطرابلسي المذهب عدم صحتها **وصح كفالة القسمة**
وهي حصة الواحد من النوايب **وان كان بغير حق** قيد
للمسالتين وانما صح ضمانها لان كل واحد مطالبة بنفسه
محبوس به وقيل المراد بها النايبة الموظفة في كل شهر
او نحوه وبالنوايب ما ينوب من غير توظيف بل يلحق
احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع **ومال** مبتدا
لا يجب على عبد صبي يتيق صفته والخبر **حال على من كفل**

به مطلقا اي من غير تسمية حلول ولا تأجيل اما
لو كفل بذلك المال مؤجلا فتأجل في حقه لانه التزم المطا
مؤجلا فيلزمه كذلك وقيد بعدم الوجوب على العبد
حتى يعتق لانه محل الاشتباه بخلاف المال الذي يجب
على العبد في الحال كدين الاستهلاك عيانا ودين لزوم
بالتجارة باذن المولى فان كفالة الكفيل به مطلقا
يصح ويكون على الكفيل به مطلقا في الحال بلا شبهة
وبطل دعوى ضامن الدرك ان الدار المبيعة ملكه لان كفالته
بالدرك وهو رد الثمن عند استحقاق المبيع تسليم
للبيع وتصديق بانه ملك البائع فدعواه بعد ذلك
ان المبيع ملكه سعي في نقض ما تم من جهته فلا تسمع
ولهذا لو كان شفيعا يبطل بضمان الدرك في البيع
شفعته **و**بطل دعوى **شاهد** على البيع ان المبيع
ملكه وقد كان ذلك الشاهد **كتب شهد بذلك على**
صك كتب فيه باع ملكه او كتب فيه باعه وهو يملكه
او باعه بيعا باتا نافذا لان في شهادته بذلك اعترافا
بان الملك للبائع ودعواه المبيع بعد ذلك نقض له
بخلاف دعوى **شاهد** ان المبيع ملكه وقد كان
كتب على صك كتب فيه باع فلان ملكه **اشهد**
على اقرار العاقدين فان دعواه ان المبيع ملكه لا تبطل
لان هذه الشهادة ليس فيها اعتراف من الشاهد
بالملك للبائع اذ المبيع قد يوجد من غير المالك ولو
امر المكفول عنه كفيله ان يبيع عليه ثوبا ففعل
يكون الثوب للكفيل والربح عليه وتفسير المسألة
ان المكفول عنه امر الكفيل ببيع العينة وهو

مكروه

مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض وقد قيل
اياك والعينة فانها لعينة وهو مخترع اكلة الربوا
وقد قال عليه السلام اذا تبايعتم بالعينة واتبعتم
اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع
اذناب البقر الاشتغال بالزراعة والاقبال عليها
وبالعينة ان يأتي المحتاج الى رجل يستقرض منه
عشرة دراهم مثلا فلا يرغب الرجل في الاقراض طمعا
في اصابة الفضل الذي لا يناله بالقرض فيقول له
ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثني عشر الى
اجل لتبيعه في السوق بعشرة فيحصل لي ربح
درهمين وسميت عينة لان المقرض اعرض عن القرض
الى بيع العين فاذا ثبت هذا فيقول الشراء يقع
للكفيل لانه لم يصر وكيلا عنه بالشراء لانه لم يقل
تقبض لي ثوبا وانما قال بع علي وهي كلمة ضمان لا كلمة
توكيل ومعنى الضمان هنا ان يقول المديون للضامن
اشتر لي ثوبا لتبيعه في السوق فيقضي بثمنه
الدين فان امكنك ان تبيعه بمثل ما اشتريته فبها
ونعمت وان لم يمكن ذلك الا بخسران فذلك على غيري
ان هذا الضمان باطل لانه انما يصح بما هو مضمون
على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد
فبطل ضمانه كمن يقول لاخر بايع في هذا السوق
على ان خسران يصيبك فانا ضامن له **كتاب**
الحوالة هي لغة اسم من الاحالة واصل تركيبها
يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل
الشيء من محل الى محل قال تعالى لا يبغون عنها حولا

وشرعاً اثبات دين على اخر عدم ذلك الدين اي مع
نفي بقائه على المحيل بعده اي بعد ذلك الاثبات وقيل
الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة وهو الاظهر الاخصر
والاصل فيها الاجماع وقوله عليه السلام مطل الغني ظلم
ومن احيل على ملي اي ثقة غني فليحتل اي فليقبل الحوا
رواه احمد وابن ابي شيبة من حديث ابي هريرة ورواه
الشيخان بلفظ واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع ورواه
احمد عن ابن عمر ايضا ولفظه مطل الغني ظلم واذا احلت
على ملي فاتبعه وهذا الامر للندب عند اكثر اهل العلم
وعند احمد للوجوب فهي اي الحوالة بشرط عدم براءته اي
براءة المحيل كفالة لان ذلك معنى الكفالة والعبرة للمعا
دون المباني فله ان يطالب المحيل وهذه اي الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة لان ذلك معنى الحوالة فليس له
ان يطالب الاصيل ويصح الحوالة بلا دين للمحتال على المحيل
فان قيل كيف يصح هذا والحوالة لا بد فيها من الدين
لانه ماخوذ في تعريفها ولا يكون دين المحال على المحال
عليه لان الحوالة توجد بدونه كالحوالة بدراهم وديعة
للمحيل عند المحال عليه فيكون دين المحال على المحيل
اجيب بانه يصح ان يكون المحتال وكيل رب الدين
او رسوله ويجوز ان يكون المحتال في كلام المص مضاف
مقدر اي بلا ذكر دين ويصح بها اي بدين للمحتال
على المحيل بان يكون المحتال رب الدين او بذكر دين
للمحتال على المحيل وفي الينابيع ويشترط في المحال
به ان يكون دينا وان يكون لازما فلا يصح تبدل الكتا
وما يجري مجراه لانه دين تسمية لا حقيقة واما

وجوب

وجوب الدين على المحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة
الحوالة ويصح الحوالة برضاهما اي المحتال والمحيل ورضى
المحتال عليه سواء كان عليه دين للمحيل ام لا اما
المحتال فلان الدين حقه والذمم متفاوتة فلا بد
من رضاه واما المحتال عليه فلان الدين يلزمه فلا بد
من التزامه والاصح من مذهب الشافعي ان لا حاجة
الى رضاه اذا كان المحال به دين المحيل وهو قول مالك
واحمد لان الحق للمحيل فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره
واما المحيل وهو المديون فيشترط رضاه لصحة الحوالة
على ما ذكر القدوري ولا يشترط لصحتها على ما في الزيادات
وانما يشترط للرجوع عليه او لسقوط دينه على المحتال
عليه لان الحوالة فيها نفعه وهو سقوط ما عليه
من الدين فصار كالمكفول عنه حيث يصح الكفالة
بلا رضاه ووجه الاول وهو قول مالك والشافعي
ان للمحيل ابقاء الحق من حيث شاء ولا يتعين
عليه شي من الجهات وفي صحة الحوالة بدون رضاه
يتعين ذلك عليه قهرا فيبرا المحيل من الدين اذا تم
عقد الحوالة عند عامة العلماء وقال زفر لا يبرا اعتبارا
بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد يوثق بحق المطالبة
ولنا ان الاحكام الشرعية يثبت على وفق المعاني
اللغوية ومعنى الحوالة في اللغة النقل وهو يستدعي
زوال المنقول عن المحل المنقول منه فيكون معناها
الشرعي زوال الدين عن ذمة المحيل وقيل المحيل
عن المطالبة دون الدين الا ان يتوى على ذمة
ينبغي ان يهلك دين المحتال فلا يبرا المحيل بتمام

عقد الحوالة وذلك بموت المحتال عليه مفلسا بان
لم يترك مالا ولا دينا على احد ولا كفيلا و حلفه
اي بيمين المحتال عليه حال كونه منكر الحوالة
حال كونه لا بينة عليها وفي نسخة ولا بينة عليها
للمحتال ولا للمحيل لان دين المحتال يتحقق بكل واحد
من الموت والحلف المذكورين وقالا اي ابي يوسف
ومحمد يتحقق التوى بموت المحتال عليه وبحلفه
المذكورين كما قال ابو حنيفة وبان فلسه القاضي
اي حكم بافلاسه قبل موته بعد ما حبسه لانه عجز عن
الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما
فصار كعجزه عن استيفاء بالجحود او موته مفلسا
ولابي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته وتعذر
الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا ترى انه لو تعذر
بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل ولان المال
غاد ورائح فقد يصبح المرء فقيرا ويمسي غنيا وه
وبالعكس وقال الشافعي لا يرجع المحتال على المحيل
وان توي دين المحتال بموت او غيره وهو قول
احمد والليث وابي ثور وابن المنذر وعن احمد
اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب
ذلك فله الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وبه قال
مالك لان الافلاس في المحال عليه عيب فكان
له الرجوع احدى صورتي الحوالة بشيء منهما وبدراهم
كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ويصح الحوالة
بلا شيء للمحيل على المحتال عليه دين او له في يده
عين ولا تقيد وهذا احدى صورتي الحوالة المطلقة

والصورة

والصورة الاخرى ان يكون للمحيل على المحتال
عليه دين او له في يده عين ولا تقيد الحوالة بشيء
منهما وبدراهم الوديعة عطف بلا شيء ويبرأ المحتال
عليه بهلاكها اي هلاك دراهم الوديعة او استحقا فيها
لان الحوالة مقيدة بها وهو لم يلتزم التسليم الا منها
فلا يلزمه التسليم من غيرها والمغصوبة اي وبالدراهم
التي غصبها المحال عليه من المحيل ولم يبرأ المحتال
عليه بهلاكها اي المغصوبة بل يبقى الحوالة
متعلقة بمثلها حقيقة او معنى لان الحوالة اذا
هلك المحال به المغصوب يتعلق بمثله في المثلي
وبقيمته في القيمي لان المغصوب اذا هلك يهلك
الى خلف ونحوا انهما ان كان قايما يعني فلا يبطل الحوالة
بهلاكها فلا يبرأ المحال عليه بخلاف الوديعة فانها
تهلك لا الى خلف لانها امانة وبالحوالة لم تخرج عن
ذلك وهلاك الامانة لا يوجب الضمان فقيد عدم
البراءة من المغصوبة بهلاكها لان المحال عليه يبرأ
باستحقاقها لانه انما به وصلت الى مالكها ووصول
المغصوب الى مالكه يوجب براءة غاصبه وبدين
عليه عطف على بدراهم فلا يطالبه اي المحتال
عليه في هذه الحوالات المقيدة الا المحتال لا المحيل
لان حق المحتال تعلق بتلك الامور كالرهن
فلو ملك المحيل المطالبة لبطل حق المحتال
وهو لا يجوز وفي المطلقة للمحيل الطلب ايضا
اي كما انه للمحتال والظاهر في العبارة تقدم
كلمة ايضا ليكون نجنب ما يتعلق به اعني المحيل

وانما يكون له الطلب لان حق المحال لم يتعلق بعين ولا بدين
بل بذمة المحال عليه **ولا تبطل الحوالة باخذ المحيل ما عليه**
اي على المحال عليه من الدين **او ما عنده** من العين
المودعة او المغصوبة كما لا تبطل بهلاكه **وتكره
السفتجة** بضم مهملة وسكون فاء وفتح فوقية فجيم
تعريب سفته اي شي محكم وفي الشرع **اقراض بسقوط
خطر الطريق** وسمي بها هذا القرض لاحكام امره
وصورته ان يدفع شخص الى شخص دراهم او دنانير
قرضا ليدفعها اليه في بلد اخر ليستفيد المقرض
بذلك الاقراض سقوط خطر الطريق وانما هي كرهت
لما روي الحارث ابن ابي اسامة في مسنده عن حفص
ابن حمزة عن سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني
قال سمعت عليا يقول قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم كل قرض جر منفعة فهو ربوا وروى ابن
ابي شيبة عن ابي خالد الاحمر عن حجاج عن عطا
قال كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة وفي المبسوط
وان لم تكن المنفعة مشروطة ولم يكن عرف على ذلك
فلا باس حتى لو قضاه اجود مما قبضه ولم يكن
ذلك مشروطا ولا عرفا فلا باس به **كتاب
الوكالة هي** لغة بفتح الواو وكسرها الحفظ ومنه
الوكيل في اسما الله الحسنى بمعنى الحافظ كما قال
تعالى حسبنا الله ونعم الوكيل ولذا قالوا اذا وكلتك
على انه يملك به الحفظ فقط وبمعنى الموكول اليه الامر
فمعناها التفويض والاعتماد ومنه التوكل قال
تعالى توكلنا وعلى الله فليتوكل المتوكلون وشرعا

تفويض

تفويض التصرف في البيع والشرا ونحوها من انسان
الى غيره واقامته فيه مقام نفسه وشرعيتها
بالكتاب وهو قوله تعالى حكاية فابعثوا احدكم
بورقكم هذه الى المدينة فان ما قص الله تعالى علينا
عن الامم الماضية من الاحكام بلا انكار يكون حكما
لنا وبالسنة وهي ما روي الترمذي انه عليه السلام
بعث مع حكيم بن حزام بدينار يشتري له به اضحية
فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع واشترى
اضحية بدينار وجاء بدينار الى النبي صلى الله عليه
وسلم فتصدق به النبي عليه السلام ودعا له
ان يبارك له في تجارته وروى ابو داود والترمذي
وابن ماجة واحمد مثل هذا او بعث ابضا عروة
البارقي بدينار ليشتري له اضحية او شاة فاشترى
شاتين فباع احديهما بدينار فاتاه بشاة ودينار
فدعا له في بيعه فكان لو اشترى ترابا لربح فيه
وقد وكل عليه السلام بالتزوج عمر بن ابي سلمة كما
رواه احمد والنسائي عن ام سلمة ان النبي صلى الله عليه
وسلم لما بعث اليها وخطبها قالت ليس احد من
اوليائي شاهد فقال عليه السلام ليس احد من اوليائك بك
شاهد ولا غايب يكره ذلك فقال لابنها يا عمر قم
فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه
السلام ~~ولعل العمر~~ فزوجه قال الحافظ كان لعمر
من العمر ثلاث سنين يوم تزوجها رسول الله صلى
الله عليه وسلم ومات عليه السلام وله في العمر
تسع سنين وقد صح ان عليا وكل عقيلا وبعد ما اسن

عبدالله بن جعفر فقد روى البيهقي عن عبدالله
ابن جعفر قال كان علي يكره الخصومة فكان اذا كانت
له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر
عقيل وكلني وبالاجماع **وشرطه** اي عقد الوكالة
والتفويض المذكور **ان يملكه** اي التصرف **الموكل**
بان يكون حرا بالغا او ماذونا **وان يعقله** اي التصرف
الوكيل بان يعرف ان الشرا جالب للمبيع وسالب
للثمن ويعرف الغبن اليسير من الفاحش للكثير
وان يقصده الوكيل بان يقصد الجهزل لا يقع
ذلك التصرف للموكل **وصح توكيل الحر البالغ او
الماذون مثلهما** لان الموكل مالك للتصرف والوكيل
اهل له والمراد بالماذون الصبي العاقل الذي
اذن له الولي والعبد العاقل الذي اذن له المولى
وصبيا عطف على مثلهما **عاقلا** لما يملكه **وعبدا
محجورين** لان الصبي العاقل ينفذ تصرفه باذن
وليه في ملك نفسه فينفذ تصرفه في ملك غيره
بتوكيله والعبد العاقل يملك التصرف على
نفسه حتى صح طلاقه واقراره بالحدود فيصح
تصرفه في حق غيره بتوكيله وقال الشافعي
لا يصح توكيله الصبي وله في العبد المحجور قولان
وترجع الحقوق الى موكلهما لانها لا تقدر رجوعها اليهما
لاضرار الصبي المتعدي المضار واضرار سيد العبد
رجعت الى اقرب الناس الى هذا التصرف وهو الموكل
الا ان الحقوق تلزم العبد المحجور بعد العتق لان
المانع حق المولى وقد زال بالعتق ولا يلزم الصبي

بيد

بيان الشرط السبب ... صحة او الارتفاع
في الموكل ... وكلامه ...
تفصد او يقصد ...

بعد البلوغ لان المنع حقه وحق الصبي لا يبطل بالبلوغ
بكلما يعقده بنفسه الباء الاولى متعلقة بتوكيل
والثانية بيعقد عطف على الاولى **وبالخصومة
في كل حق** حدا كان او قصاصا او غيرهما لان الموكل
يملك مباشرة ذلك بنفسه فيملك تفويضه الى
غيره **وبايفائه** اي باعطا كل حق **واستيفائه** اي اخذ
كل حق **الا في حد** لقذف او سرقة **وقصاص بغيبة
موكله** عن المجلس قيد بهما لان التوكيل باستيفا
في حضرة الموكل جائز اتفاقا وقال الشافعي
واحمد يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وحد
القذف في غيبة الموكل لانه حق العبد ويجوز
استيفاؤه في حضوره فكذا في غيبته ولنا
انهما يسقطان بالشبهة وشبهة عفو الموكل
الغائب ممكنة اذ العفو مندوب اليه قال تعالى
وان تعفوا اقرب للتقوى والعبرة بعموم اللفظ
وقال عز وجل فمن تصدق به فهو كفارة له وحال
الغائب غير معلوم فلعله عفا والوكيل لا يشعر
بخلاف الحاضر فان حاله بعدم العفو معلوم
وقد يحتاج الى التوكيل لعدم هدايته الى الاستيفاء
او لان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في
غيبة الشهود لان رجوعهم نادر والاصل فيهم
الصدق فلا يكون احتمال رجوعهم في الغيبة شبهة
ويصح التوكيل باثبات الحد والقصاص عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز ولا يصح
التوكيل باثبات حد الزنا وحد شرب الخمر

اتفاقا ويشترط في التوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة
رضي الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مدة
السفر او امراة مخدرة وقالا لا يشترط رضي الخصم
فبل الخلاف في الصحة والصحيح انه في اللزوم وفي
شرح الوافي ان المتاخرين اختاروا للفتوي ان
القاضي اعلم من الخصم المتعنت في اباء الوكيل لا يمكنه
من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل
القصد الي اضرار الخصم بالتوكيل لا يقبل منه
التوكيل الا برضا الخصم وهو اختيار شمس الايمة
السرخسي وترجع الحقوق الي الوكيل في عقد لا يحتاج
الوكيل فيه الي ذكر الموكل فترجع الي الوكيل في بيع
وشراء واجارة وصلح عن اقرار اذ يكفي ان يقول
الوكيل بعت واشتريت واجرت وصالحت وقال
مالك والشافعي واحمد ترجع الحقوق الي الموكل فيسلم
الوكيل المبيع في الوكالة بالبيع ويقبضه في الوكالة
بالشراء وكذا يقبض الوكيل ثمن مبيعه في الوكالة
بالبيع ويطلبه اي علي الوكيل بالشرا ثمن مشتريه
بالوكالة بالشرا ويخاصم في الاستحقاق وفي العيب
وفي شفعة ما شرى وهو في يده قيد به لان الوكيل
بالشرا بعد التسليم الي موكله لا يفعل شيا من ذلك
الا باذن جديد لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم ويثبت
الملك للموكل ابتداء خلافه وقيد لا عن الوكيل باعتبار
التوكيل السابق لا اصالة فلا يعتق قريب وكيله بشرايه
بطريق الوكالة لان الوكيل لم يملكه وكذا لا يفسد
نكاح منكوحته اذا اشتراها لانه لم يملكها والي الموكل

اي وترجع الحقوق الي الموكل في كل عقد يحتاج الي الوكيل
فيه الي ذكر الموكل وذلك في عقد نكاح وخلع وصلح
عن انكار ودم عمد وعتق علي مال وكتابة وتصدق
وهبة واعارة وايداع ورهن واقراض لان الوكيل
في هذه العقود سفير محض والسفير حاك قول
غيره ومن حكي قول غيره لا يلزمه حكم ذلك القول
كمن حكي قذف غيره فانه لا يكون قاذفا ومن حكي
كفر غيره فانه لا يكون كافرا فلا يطالب بفتح اللام
وكيل زوج بالمهر ابا فيه وفيما بعده سفلفة بيطالب
ولا يطالب وكيلها اي وكيل المراة بالنكاح بتسليمها
ولا وكيلها بالخلع ببدل الخلع لان ذلك من حقوق
النكاح والخلع والحقوق فيهما لا ترجع الي الوكيل
وللمشتري منع الثمن من موكل بايعه لانه اجنبي
من حقوق البيع وقال مالك والشافعي واحمد
لا يمنعه لان الحقوق ترجع في البيع عندهم الي الموكل
فان دفع المشتري الثمن اليه اي موكل بايعه
صح ولم يطالب بكسر اللام الوكيل ثانيا لان
نفس الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل
اليه ولا فايدة في اخذه منه ثم دفعه الي الوكيل ليرفعه
اليه فصل لا يصح بيع الوكيل وشراوه
ممن ترد شهادته له عند ابي حنيفة وهو قول
للشافعي ووجه في مذهب احمد وقال ابو يوسف
ومحمد يصح بيعه بمثل القيمة وبالغبن اليسير لان في
حكم المثل الا من عبده ومكاتبه لان التوكيل مطلق
ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة

فصار البيع منهم كالبيع من اجنبي وصار الوكيل كالمضارب
بخلاف العبد لان ما في يده لمولاه وبخلاف المكاتب لان
لمولاه حقا في كسبه وبخلاف الغبن الفاحش لانه ليس
في حكم المثل ولابي حنيفة ان مواضع التهم مستثناة
من الوكالة والوكيل منهم في العقد مع هولاء لان كل
واحد منهم ومن الوكيل ينتفع بمال الاخر عادة فكان
مال كل واحد منهم كمال الوكيل فصار الوكيل بايعا
او شاريا من نفسه بخلاف المضارب فانه كالمتصرف
لنفسه وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف
والسلم ونحوها ثم المراد من عدم جواز البيع لهولاء
عند ابي حنيفة في مطلق الوكالة حتى لو قيد الوكالة
بتعميم المشيئة جاز بيع الوكيل منهم اتفاقا بخلاف
البيع من نفسه او من ابن صغير له حيث لا يجوز
وان قيد بتعميم المشيئة لانه يودي الى تضاد الاحكام
بان يكون مخاصما في العيب ومخاصما في الذخيرة
ولو باع الوكيل من هولاء باكثر من القيمة يجوز بلا
خلاف **وصح بيع الوكيل** بالبيع اذا لم يقيد **بما قل او كثر**
والعرض اي وبالعرض **والنسيئة** اي وبالاجل ولو
كان اجله غير متعارف كخمسين سنة وهذا عند
ابي حنيفة وقالا لا يصح بالغبن اليسير دون الفاحش
وبالدراهم والدنانير دون العروض وبالاجل
المتعارف وقال مالك والشافعي واحمد يصح بثمن
المثل وبنقد البلد حالا فان كانت النقود مختلفة
يعتبر الاغلب **وصح** للوكيل **نصف ما وكل ببيعه**
مطلقا اما اذا لم يكن في تفريقه ضرر كالحنطة

والشعير

والشعير فبالاتفاق واما اذا كان في تفريقه ضرر كالعبد
فعند ابي حنيفة خلافا لهما وهو قول الشافعي
واحمد **وصح اخذه** اي اخذ الوكيل **رهنا** بالثمن
او كفيلا بالثمن فلا يضمن ان ضاع الرهن في يده
او توي اي هلك **مال على الكفيل** لان الهلاك في يده
كهلاك في يد الموكل الا ترى ان الوكيل لو استوفى الثمن
حقيقة وهلك في يده يهلك على الموكل **ويقيد شراء**
الوكيل بالشراء **بمثل القيمة وزيادة يتغابن فيها**
فلا يلزم الموكل ما شراه وكيله بزيادة على القيمة
لا يتغابن فيها وهي زيادة الفاحشة **وهي** اي الزيادة
التي يتغابن فيها **ما قوم به مقوم** اي ما يدخل تحت
تقويم المقومين عند اختلافهم قال شيخ الاسلام
في جامعه وهذا التحديد فيما لم يكن قيمته معلومة
في البلد كالعبد والدواب فاما ما له قيمة معلومة
كالخبز واللحم فان الوكيل اذا زاد لا ينفذ على
الموكل وان كانت الزيادة كالفلس ونحوه لان ما
يدخل تحت تقويم المقومين هو فيما يحتاج فيه
الى تقويمهم وهذا لا يحتاج **ويوقف شراء نصف**
ما وكل بشرائه اي كله **الى شراء الباقي** فان شراء
الباقي لزم النصف وان لم يشتره لم يلزم **ويرد مبيع**
على وكيل بعيب يتعلق برد البائع **رده** الوكيل
على امره الا وكيل اقر بعيب يحدث مثله في تلك
المدة يعني ان من وكل رجلا ببيع شي فباعه وسلم
وقبض الثمن او لم يقبضه فوجد المشتري به عيبا
ان كان لا يحدث مثله في تلك المدة ورده ببينة

او بنكول او باقرار من الوكيل فان للوكيل ان يرده على
الامر وان كان يحدث مثله رده ببينة او باباء يمين
فكذلك وان رده باقرار لم يرده على الامر ولزمه ذلك
المبيع لان الاقرار حجة قاصرة فتقتصر على حق المقر
دون غيره وهو غير مضطر اليه ان يمكنه السكوت
والنكول ان باع الوكيل نسا اي الى اجل وقال قد
اطلق الامر او قال لم يبين فقال الامر امرتك بنقد
صدق الامر لان الامر مستفاد من جهته وقد يكون
مطلقا وقد يكون مقيدا ولا دلالة على احدهما فكان
القول قوله كما لو انكر اصل الوكالة وعن مالك ان
كانت السلعة قايمة صدق الامر وقال احمد القول
للامر وفي المضاربة اذا قال رب المال امرتك بالنقد
وقال المضارب اطلقت او لم تبين شيا يصدق المضارب
لان الاصل في المضاربة للاطلاق والعموم والقول
قول المتمسك بالاصل ولا يصح تصرف احد الوكيلين
وحده لان الموكل راضي برايهما لا براي احدهما فاذا انفرد
احدهما بطل غرضه وهذا اذا وكلهما بكلام واحد
حتى لو وكلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد
بالتصرف لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد
وقت توكيله بخلاف الوصيين اذا اوصى كل واحد
منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان
ينفرد بالتصرف على الاصح لان حكم الوصية
يثبت بالموت فعنده صارا وصيين وحكم الوكا
يثبت بالتوكيل فاذا كان كل منهما يعقد استبد
كل منهما بالتصرف وفي الذخيرة لو باع احدهما والاخر

حاضر يجوز ولو كان الاخر غايبا فاجاز لم يجز عند
ابي حنيفة الا في خصومة ورد وديعة وقضا دين
وطلاق وعتق لم يعوضا وقال زفر والثلاثة في
واحد لا يصح تصرف احد الوكيلين وحده في الخصومة
نقد الوديعة بالرد لان الوكيل بقبض الوديعة
لو قبض احدهما بغير اذن صاحبه يضمن لان
الموكل شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد فصار
قابضا بغير اذن المالك فان قيل ينبغي ان يضمن
النصف لانه مامور بقبض النصف اجيب
بانه مامور بقبض النصف مع صاحبه لا بدون
وقيد الطلاق والعتق بانهما لم يعوضا لانهما
اذا كانا بعوض كالبيع ولا يصح بيع عبد او مكاتب
او ذمي مال صغيره ولا شراوه بماله لان المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم والعبد لا ولاية له قال تعالى
ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدرون على شي
والكافر لا ولاية له على المسلم قال تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المومنين سبيلا وقيد بالذمي
لا للاحتراز عن الحربي لانه في هذا الحكم مثله بل
عن المرتد لان ولايته على اولاده وامواله موقوفة
فان اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه
وان مات او قتل على ردته تبطل لتقرر جهة
انقطاع الولاية والامر بشراء الطعام يقع على
الحنطة ودقيقها بنا على العرف والعادة وقيل
يقع على البر في دراهم كثيرة وهي عشرة فما فوقها
وعلى الخبز في دراهم قليلة وهي الثلاثة وعلى الدقيق

في دراهم متوسطة وهي ما بين الكثيرة والقليلة
وفي متخذ الوليمة يقع على الخبز وان كثرت الدراهم
والفارق في ذلك العرف وقد ابن الاحوال وقال
بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ما
يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ او المشوي
دون الحنطة ودقيقها قال الصدر الشهيد
وعليه الفتوى وصح الامر بشراء حمار وفرس
وبغل وشاة وثوب هروي ونحوها لان الجنس صار
معلوما بالتسمية وانما الجهالة في الوصف وهي
يسيرة وقد ثبت انه عليه السلام وكل بشراء
شاة للاضحية والامر بشراء دار ان ذكر ثمنها
ومحلها لان الدار تختلف اختلافا فاحشا بحسب
الاغراض والمرافق والجيران والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال فان سمي الثمن والمحلة صارت
معلومة عادة ويبقى الجهالة يسيرة وبشراء
شيء علم جنسه من وجه وذكر ثمن او عين ذلك الشيء
نوعا اي ما صفة النوع فلو وكله بشراء عبد لا يصح
لانه يشمل انواعا فتفحش الجهالة فان سمي
الثمن او عين النوع كتركي وحبشي صح التوكيل
لا ان فحش اي لا يصح الوكالة بشراء شيء تفحش
جهالة جنسه وان ذكر الثمن كالرقيق والثوب
والدابة لان الثوب يتناول اجناسا شتى من
الاطلس الى الكساء والدابة في اللغة اسم لما يدب
وفي العرف للفرس والحمار والبغل والرقيق
يشمل الذكر والانثى وهما من بني ادم جنسان

يختلفان

يختلفان وتسمية الثمن لا يزيل معه الجهالة اذ يوجد
بما سمي واحد من كل جنس ولا يعرف مراد الامر
والامر بما لا يقدر المامور على الامتثال به باطل
الا ان يفوض الموكل الامر الى راي الوكيل بان يقول
له اشتر لي بالف ثيابا او دوابا او اي شيء ما او ما
شئت او ما رايت او اي شيء حضرك او ما توجد
او ما يتفق لان في التعميم دلالة على التفويض الى
رايه وصدق الوكيل بشراء عبد بغير عينه في شريت
عبدا للامر فمات وقال الامر بل شريته لنفسك ان
كان دفع الامر الثمن الى الوكيل لانه حينئذ امين
على الثمن وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة
على الوجه الذي امره به فكان القول قوله ولا فرق
بين العبد المعين وغير المعين فتنكيره في المتن
وقع اتفاقا والا اي وان لم يدفع الامر الثمن الى
الوكيل فالامر هو المصدق لان الوكيل يدعي الثمن
على الموكل وهو منكر فيكون القول قوله وفي التقييد
بالموت احتراز عما اذا كان العبد حيا فانه ان كان
غير معين وكان الثمن منقودا فالقول للوكيل
اتفاقا لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ها
لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار
عنه وعند ابي حنيفة القول للموكل وان كان
العبد معينا فالقول للوكيل اجماعا سواء
كان الثمن منقودا او لا وفي الذخيرة ان قول الامين
معتبر مع اليمين وللوكيل حبس المبيع الذي اشتراه
من امره ليقبض ثمنه ان دفع الوكيل الثمن الى بايعه

وان لم يدفع وعند زفر ليس له حق الحبس اصلا لان يده
كيد الموكل حكما فان هلك في يد الوكيل بعد الحبس
سقط الثمن عند ابي حنيفة ومحمد قلت قيمته
او كثرت وهو ضمان المبيع اذا هلك في يد البايع
وعند زفر يضمن ضمان الغصب لانه صار غاصبا
بحبس ما ليس له حبسه فيضمن جميع قيمته ان كان
قيميا وعند ابي يوسف ضمان الرهن ان كان فيه
وفاء بالثمن سقط الثمن وان لم يكن فيه وفاء يرجع
الوكيل بالفضل على الموكل لانه مضمون بالحبس
للاستيفاء كالرهن ولهما ان الوكيل مع الموكل
كالبايع مع المشتري وهلاك المبيع في يد البايع
يسقط الثمن فكذا هذا قيد الهلاك بعد الحبس
لانه قبل الحبس يتقرر الثمن على الموكل وليس للوكيل
بشراء عين اي معين شراؤه لنفسه حتى لو شرا
لنفسه فهو لموكله سواء نوى عند العقد الشراء
لنفسه او صرح بانه يشتري لنفسه فان شرى الوكيل
بخلاف جنس ثمن سمي او باكثر مما سمي وقع الشراء له
اي للوكيل لانه خالف امر الامر فينفذ عليه الا ان
ينويه وقت الشراء للامر او يضيفه الى مال الامر
ولو وكل بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
به عشرين رطلا مما يباع منه عشرة بدرهم فللموكل
النصف بحصته عند ابي حنيفة والزما الكل
بالدرهم كمالك والشافعي لما روينا ان النبي صلى
الله عليه وسلم اعطى عروة البارقي دينارا ليشتري
به اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع احديهما

فاتاه

فاتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فصل
للوكيل بالخصومة والتقاضي القبض سواء كانت
الخصومة في عين او دين وهو وجه في مذهب
الشافعي لان الوكيل بالشيء توكيل باتمامه واتمام
الخصومة والتقاضي بالقبض ويفتى الان بخلافه
وهو ان الوكيل بالخصومة ليس له القبض افتى
بذلك الصدر الشهيد وكثير من مشايخ بلخ وهو
قول زفر ومالك والشافعي واحمد لان من يؤتمن
على الخصومة قد لا يؤتمن على المال لظهور الخيانة
في هذا الزمان وللوكيل بقبض الدين الخصومة عند
ابي حنيفة والشافعي في قول واحمد في رواية وقال
ابو يوسف ومحمد لا يكون خصما وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة والاصح من مذهب الشافعي وظاهر
الرواية عن احمد لا بقبض العين فان الوكيل بقبضها
ليس له الخصومة اتفاقا ويقصر يد الوكيل اي الذي
وكل بقبض العبد مما هو في يده العبد فالباء متعلقة
بالوكيل وبنقل المراة ويقصر يد الوكيل بنقل
المراة ان اقام الذي في يده العبد الحجة على البيع
واقامة المراة الحجة على الطلاق بان اقام الذي في
يده العبد بينة على ان الموكل باع العبد منه
واقامة المراة بينة على ان الموكل طلقها بلا
ثبوتهما اي ولا يثبت البيع والطلاق وصح اقرار
الوكيل الذي وكل بالخصومة على موكله سواء
كان وكيل المدعي او المدعى عليه عند القاضي يتعلق
باقرار لا عند اقراره اي لا يصح اقرار الوكيل بالخصومة

عند غير القاضي وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يصح اقراره عند غير القاضي ايضا وقال
زفر والشافعي واحمد وابن ابي ليلى لا يصح في الوجهين
وهو القياس لانه اتى بضد ما امره به **وللموكل
عزل وكيله** عن الوكالة متى شا لان الوكالة حقه
وله ان يسقطه ولو قال الموكل لوكيله كلما عزلتك
فانت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت
الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك
فانت معزول وقيل يملك عزله بان يقول عزلتك
عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز
والصحيح ان يقول اذا اراد عزله وان لا ينعقد
الوكالة بعد العزل رجعت عن المعلقة وعزلتك
عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه
والوكالة منه بكلمة الرجوع عن المعلقة والعزل
عن المنجزة صحيح **ووقف** عزل الموكل وكيله **على
علمه** فما دام لم يبلغه هو على وكالته وتصرفه
جائز ويشترط في مبلغه عند ابي حنيفة اذا لم يكن
رسول الموكل ان يكون عدلا او مستورين بخلافهما
حيث اكتفيا بواحد وان لم يكن عدلا كالرسول
اليه فانه لا يشترط فيه العدالة اتفاقا وقال
الشافعي في الاصح ومالك في رواية واحمد في رواية
لا يتوقف عزل الوكيل على علمه لان الموكل بعزل
الوكيل يسقط لحق نفسه فصار كالطلاق والعتاق
فانه يجوز بدون علم المراة والعبد ولنا ان في عزله
بدون علمه اضرارا به لانه ربما يتصرف بناء على انه وكيل

وينفذ الثمن من مال الموكل او يسلم المبيع فيضمنه وكذا لو
عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل وعند
الشافعي واحمد ومالك في رواية ينعزل وعن مالك
ان كان في عزله ضرر على موكله لا ينعزل بدون
علمه **وتبطل** الوكالة التي ليست بلازمة **بموت احدهما
وجنونه مطبقا** بكسر الباء اي مستوعبا من اطبق
الغيم السماء اذا استوعبها **ولحاقه** اي ويلحاق
احدهما **بدار الحرب مرتدا** فقيد الجنون بالاطباق
ليكون كالموت لان قليله كالاغماء وحد الجنون
المطبق شهر عند ابي يوسف لانه يسقط به الصوم
وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات
الخمس وعند محمد حول كامل وهو الصحيح
لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه
ولان ما دون الحول لا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون
في معنى الموت والمراد بالحاقه مرتدا اذا حكم
الحاكم به لان الحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم وحينئذ
تبطل الوكالة باتفاقهم واما قبل الحكم فموقوفة
عند ابي حنيفة لان تصرفات المرتد عنده
موقوفة فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل
او لحق بدار الحرب بطلت ونافذة عندهما لان
تصرفاته نافذة فلا تبطل الوكالة الا ان يموت
احدهما او يقتل على ردته او يحكم بلحوقه فيبدا
الوكالة بالتي ليست بلازمة لان اللازمة المشروطة
في عقد الرهن لا تبطل بهذه الامور **و**لذا تبطل
وكالة الوكيل **بعجز موكله** حال كونه **مكاتبا** بان

وينفذ

وكل مكاتب وكيلا ثم عجز وحجر اي وكذا تبطل وكالة
الوكيل بالحجر على موكله حال كونه ماذونا بان وكل
ماذون وكيلا ثم حجر على ذلك الماذون وكيله
وهذا في الوكيل بالعقود او الخصومات واما الوكيل
بقضاء الدين او اقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب
ولا بحجر الماذون وافتراق الشريكين اي وكذا تبطل
وكالة الوكيل بافتراق المتشاركين اذا وكلا احدهما
فيما هو من شركتهما وان لم يعلم به اي بما ذكر من العجز
والحجر والافتراق وكيلهم لان بقاء الوكالة يعتمد
قيام الامر وقد بطل بعجز الموكل والحجر عليه
والافتراق فكان عزلا حكميا بهذه الاشيا فلا يتوقف
على العلم بها وتصرف الموكل بالجر اي وكذا تبطل
الوكالة بتصرف الموكل فيما وكل به تصرفا يعجز
الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكل ببيع عبد
ثم يبيعه او يدبره او يكاتبه او يعتقه بنفسه وكما
لو وكل وكيلا بطلاق امراته فطلقها الموكل ثلاثا
او واحدة وانقضت عدتها بطلت الوكالة بعجز
الوكيل عن الامتثال ولو تزوجها الموكل بعد ذلك
ليس للوكيل ان يطلقها وان كان للموكل ذلك لان
تطليقها حينئذ بسبب جديد وهو خاص
للموكل دون الوكيل

كتاب الشركة

هي لغة الخلط ويطلق على عقد الشركة وان لم
يوجد فيه اختلاط النصيبين لان العقد سبب
له وشرعا ضربان اي نوعان شركة ملك وهي ان
يملك اثنان او اكثر عينا بارث او بشرا او باستيلاء
او بهبة او بصدقة او بوصية او باختلاط مالهما بلا
صنع من احدهما او بصنع منه خلطا يمتنع معه التميز
كالبر مع البر او يتعسر كالبر مع الشعير وكل من
الشريكين في هذه الشركة كاجنبي في مال صاحبه
فلا يجوز له ان يتصرف فيه الا باذنه ويجوز له ان
يبيع نصيب نفسه من شريكه ومن غيره بغير
اذن شريكه الا في صورة الخلط او الاختلاط فانه
لا يجوز الا باذن شريكه وشركة عقد وركنها الايجاب ب
والقبول بان يقول احدهما شاركتك في كذا
وكذا ويقول الاخر قبلت وشرطها اي شركة
العقد ان لا يعين لاحدهما دراهم من الربح لان
هذا التعيين قد يقطع بان لا يبقى بعد تلك الدراهم
ربح يشتركان فيه قال ابن المنذر ولا خلاف فيه
لاحد ومشروعية الشركة بالكتاب وهو قوله تعالى
فهم شركاء في الثلث وقوله سبحانه وان كثيرا
من الخلطا ليبغي بعضهم على بعض والخلطا الشركا
وبالسنة وهي ما روى ابو داود في سننه والحاكم
في مستدركه وصححه عن ابي هريرة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم انا ثالث الشر بكين
ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من
بينهما اي تبرات عنهما وعن المعاونة معهما
وباجماع الامة على جوازها وبالمعقول وهو انها
طريق الفضل المشروع بقوله وابتغوا من فضل
الله اي من رزقه وبالمعاملة مع خلقه وهي اي
شركة العقد اربعة اوجه الاول مفاوضة مشتقة

من التفويض اذ كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه
على الاطلاق وهي شركة متنا وبين مالا اي من جهة
المال والمراد ما لا يصلح لراس مال الشركة كالدراهم
والدنانير بخلاف العروض والعقار والديون حيث
لا يشترط فيه التساوي ولا يعتبر التفاضل فيه
وحرية اي ومن جهة الحرية فلا ينعقد المفاوضة
بين حر وعبد ولا بين عبدين لان العبد لا يملك
التصرف ولو قال تصرفا كما في بعض النسخ بدل
حرية او زاد حكما اي عقلا كما في الوقاية لكان احسن
لان المفاوضة لا ينعقد بين صغير وبالغ ولا بين
صغيرين وانما شرط الحرية والبلوغ لان الصبي
والعبد لا يملكان التكفيل لكونه تبرعا ابتداء وهو
شرط في عقد الشركة ودينا اي من جهة الدين
وهو الملة فلا ينعقد المفاوضة بين مسلم وكافر
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
وينعقد بين الكتابي والمجوسي لان الكفر كله
ملة واحدة عندنا وقال مالك والشافعي واحمد
لا يجوز شركة المفاوضة وهو القياس لانها تضمنت
الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل
بانفراده فاسد ووجه الاستحسان ان الناس
تعاملوا بها من غير نكير كالاجماع ويتضمن المفاوضة
الوكالة والكفالة لتحقق الشركة في كل ما شراه
احدهما ويثبت المساواة بينهما في المطالبة بثمنه
ويشتري كل من شريكي المفاوضة نفعا لان كل واحد
منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شراوه كشرايه

الاطعام

الاطعام اهله اي اهل كل وكسوتهم اي كسوة اهل كل
فانها يكون له خاصة وكذا استيجار كل ما يسكنه او ما
يركبه لحج او غيره وشراوه اداما لبا كله او امة يطاها بقا
كل واحد منهما عالم حين العقد بحاجة نفسه
الى ذلك ولا يقصد انه شريكه فكان مستثنى
دلالة والاستثناء الثابت بالدلالة كالاستثناء الثا ت
بالمقالة وحكم طعام كل وكسوتهم حكم طعام اهله
وكسوتهم وكل دين لزم احدهما بما يصح فيه الشركة
كالشراء ونحوه من البيع والاستيجار ضمنه الاخر لانه كفيله
واما ما لا يصح فيه الشركة كالجناية والنكاح
ونفقة الزوجات والاقارب والصلح عن دم
عمد ونحوها فلا يضمنه الاخر لان كل واحد منهما لم يلتزم
الا دين التجارة وهذه الاشياء ليست من التجارة
وان ورث احدهما او وهب له او تصدق عليه
ما صح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة وقبض ذلك صار عقد المفاوضة
عنانا لان المساواة فيما يصلح راس مال الشركة
ابتداء وبقاء شرط في المفاوضة وقد فاتت
بقا لعدم مشاركة الاخر له في باب الارث والهبة
لانه انما يشاركه فيما يحصل بسبب التجارة او ما
يشبهها وليست المساواة شرطا في العنان
فانقلب عقد المفاوضة اليها وفي العرض والعقا ر
اي وفي ارث احدهما للعرض والعقار وهبتهما
له بقي العقد مفاوضة ولم ينقلب عنانا لان عدم
المساواة فيهما لا يمنع المفاوضة ابتداء فكذا بقاء

والوجه الثاني من شركة العقد عنان بكسر اوله وهي
شركة في كل تجارة او في نوع من انواع التجارة
ماخوذ من عن له كذا اي عرض كانه عرض لهما
شيء فاشتركا فيه كما ذكره ابن السكيت او من عنان
الفرس او كل منهما جعل عنان التصرف في بعض
ماله الى صاحبه كما قاله الكسائي والاصمعي او لانه
يجوز ان يتفاوتا في المال والربح كما يتفاوت العنانان
في يد الراكب حالة المد والارخاء كما في المغرب
والمبسوط وتصح شركة العنان ببعض ماله اي بعض مال
احد الشريكين وتصح ومع تساوي فضل ما احدهما
لان الحاجة قد تمس الى ذلك مع اقتضاء لفظها
المساواة في مال الشركة وتصح مع تساوي ماليهما
مع تفاوت الربح بينهما وعكسه وهو تساوي
الربح بينهما مع تفاوت ماليهما وبه قال احمد وقال
زفر ومالك والشافعي لا يصح وتصح مع كون احدهما
اي احد المالين دراهم والاخر دنانير وقال زفر
والشافعي لا يصح وتصح بلا خلط وبه قال مالك واحمد
الا ان مالكا شرط ان يكون ايديهما عليه بان يجعل له
في حانوت لهما او في يد وكيل لهما وقال زفر والشافعي
لا يصح فان الخلط عندهما شرط ومعنى قوله بلا خلط
ان الخلط ليس بشرط عندنا لا انه لا يجوز الخلط
كما يوهمه ظاهر العبارة وكل من شريكي العنان
مطالب بثمن مشتريه اسم مفعول من الشراء
كالمرمي من الرمي لا غير اي لا غير مشتريه فلا يطالب
بمشتري الاخر لان هذه الشركة لا تتضمن الكفالة

ثم

ثم يرجع على شريكه بحصته من الثمن ان اداه من
ماله اي من مال نفسه لانه وكيل بالشراء من جهة
شريكه والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال
نفسه يرجع على الموكل اما لو كان الاداء من مال الشركة
فلم يرجع على شريكه ولا يصحان اي المفاوضة والعنان
الا بالنقدين من الذهب والفضة المضروبين
والفلوس النافقة اي الرائجة لانها حينئذ اثمان
كالنقدين والتبر اي وبالتبر وهو ذهب غير مضروب
والنقرة وهي فضة غير مضروبة ان تعامل
الناس بهما في ظاهر المذهب وهو الاصح كما في
الهداية بناء على انهما بمنزلة العروض فلا يصلحان
لراس مال الشركة ومال المضاربة وقيل يجوز بهما
الشركة مطلقا لانهما خلقا ثمنين فيصح الشركة
بهما تنزيلا للتعامل بهما منزلة الضرب المخصوص
ويصح المفاوضة والعنان بالعرض بعد ان باع كل
من الشريكين نصف عرضه بنصف عرض الاخر
ان تساويا قيمة وان اختلفا بان يكون قيمة احدهما
الفا وقيمة الاخر الفين يبيع صاحب الاقل ثلثي
عرضه بثلث عرض الاخر ~~فيختار~~ فيكون كل من
العرضين مشتركا بينهما اثلاثا والعقد ان
يصير العرض مشتركا بينهما اولا شركة ملك حتى
لا يجوز لكل واحد منهما حينئذ ان يتصرف في ملك
الاخر ثم يعقدان عقد الشركة مفاوضة وعنانا
فيصير العرض راس مال شركة المفاوضة والعنان
ويجوز لكل واحد منهما حينئذ ان يتصرف في نصيب

الاخر وهذه حيلة لمن اراد الشركة مفاوضة او عنانا
وهذا هو المختار تبعا للقدوري وشيخ الاسلام
وصاحب الذخيرة والمزني من اصحاب الشافعي
وقال شمس الائمة وصاحب الهداية الا انه لا يجوز
عقد شركة لما تقدم ان العروض لا يصلح راس
مال الشركة لبقاء جهالة راس المال والربح عند
القسمة ولا يخفى ضعفه لما تبين من زوال كل منهما
ثم التقييد بالنصف وقع اتفاقا على ما قررنا وقيل
لتصح المفاوضة فان شرطها التساوي والاظهر
ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال
الاخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال
بينهما نصفين وهلاك مالها مبتدا اي مال
الشركة قبل ان يشتريا وفي بعض النسخ
مالهما اي مال الشريكين الذي عقدا به الشركة
ويؤيده قوله او مال احدهما قبل الشرا يفسدها
خبر المبتدا وهو اي هلاك مال احدهما على صاحبه
ان هلك قبل الخلط في يديهما هلك اما ان
هلك في يد صاحبه فظاهر واما ان هلك
في يد الاخر فلانه امانة في يده لان كلا منهما امين
في راس مال صاحبه وهلاك مال احدهما بعد
الخلط عليهما لانه لا يتميز محل من مالهما ولكل من
شريكي مفاوضة وعنان ان يبضع اي يعطي
مال الشركة لمن يتجر فيه بغير شي لان لكل
ان يستعمل من يتجر مال الشركة لمن يحفظه باجر
فلان يدفعه باجر بغير شي اولى وان يودع

اي يدفع مال الشركة وديعة لان للشريك ان يدفع مال
الشركة لمن يحفظه باجر فلان يدفعه لمن يحفظه بلا اجر
وهو المودع اولى وان يضارب اي يدفع المال لمن
يتجر فيه بجزء معلوم من الربح لان المضارب يصير
بالدفع اليه مودعا وبالتصرف في المال وكيلا وبالربح اجيرا
وللشريك ان يفعل من مال الشركة هذه الاشيا على
الانفراد فكذا على الاجتماع وهذا رواية الاصل وهو
الاصح وان يوكل من يتصرف في مال الشركة بالبيع
والشراء لان ذلك من عادة التجار والشركة منعقدة
وهذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك لان كل
واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل ان يوكل غيره
لان الموكل انما رضي برايه دون راي غيره والمال في كل
من شركة المفاوضة والعنان في يده اي يد كل من
الشريكين امانة لانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه
المبادلة والوثيقة فكان كالوديعة حتى لا يضمنه الا
بالتعدي ويبيع المال الوضيعة وان شرط الفضل
في الربح لقول علي كرم الله وجهه الربح على ما شرطا
والوضيعة على قدر المال و النوع الثالث من اوجه
الشركة شركة الصنايع ويسمى شركة التقبل وشركة
الاعمال وهي ان يتوكل صانعان متفقا الصنعة كخياطين
او مختلفها كخياط وصباغ ويتقبلا العمل باجر بينهما وصحة
هذه الشركة ان شرطا المساواة في العمل وفي المال
المستفاد منه وهو الاجرة وان شرطا العمل نصفين والمال
المستفاد منه اثلاثا يجوز ان يكون فيه عمل احدهما
اكثر وهذا استحسان والقياس انه لا يجوز وهو

قول زفر لان الضمان بقدر العمل في الزيادة عليه ربح
ما لم يضمن وقال الشافعي لا يصح شركة الصنائع وهو
احدى الروايتين عن زفر وقال مالك وهو رواية عن
زفر لا يجوز اشتراك مختلفي الصنعة ولا اشتراك متفقيهما
في مكانين ولزم كل من الشريكين عمل قبله احدهما لان
كل واحد متقبل لنفسه اصالة ولشريكه وكالة ويطلب
اي كل الاخر الذي لم يتقبل ويصح الدفع اي دفع الاجر
اليه اي الى الاخر والكسب بينهما على ما شرطا
وان عمل احدهما اما الذي عمل فظاهر واما الذي لم يعمل
فلانه لما لزمه العمل بالتقبل وكان ضامنا له استحق
الاجر بالضمان ولزم العمل والوجه الرابع من اوجه
شركة العقد شركة الوجوه وهي ان يشتركا بلا
مال ليشتريا بوجوههما ويبيعا فما ربحاه يكون
بينهما وسميت بها لانها انما يشتري بها من له وجه
عند الناس وهي جائزة عندنا باعتبار تضمنها من الوكالة
بان توكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على ان يكون
المشترى بينهما نصفين او اثلاثا صحيح فكذا الشركة
التي تتضمن هذه الوكالة فيصح شركة الوجوه مفاوضة
اذا اتفقا على المفاوضة او اجتمعت فيها شرائطها ومطلقها
عنان لان العنان متعارف بين الناس والمطلق ينصرف
الى المعتاد المتعارف وكل منهما وكيل للاخر فيما يشتريه
قيل لا حاجة الى هذا لان هذه الشركة اما مفاوضة
في صورة واما عنان وقد تبين ان كلا منهما في ذلك وكيل
الاخر واذا كانت مفاوضة كان كل منهما كفيل الاخر
ايضا فان شرطا مناصفة المشترى بينهما او مثالثته

فالربح كذلك اي يكون بينهما مناصفة في صورة مناصفة
المشترى ومثالثة في صورة مثالثة المشترى وشرط
الفضل في الربح باطل اي اذا شرطا ان يكون حصة ربح احدهما
زائدة على قدر ملكه فهذا الشرط باطل فان الربح يكون
على قدر الملك في المشترى فكان الزائد عليه ربح ما لم يضمن
وهو غير جائز وانما جاز في العنان ذلك باعتبار جواز
زيادة العمل من احدهما وهذا الاعتبار انما يجوز اذا كان
ثمة مال معلوم كما في المضاربة والعنان وههنا ليس
كذلك ولا يصح الشركة في اخذ المباحات كالاحتطاب
والاحتشاش والاصطياد والاستقاء واجتناء الثمار
من الجبال والبراري واخذ جواهر المعادن واخذ الجص
والملح من الموضع المباح والتقاط السنبلة ونحوها لان
الشركة تتضمن الوكالة والوكيل يملكه بالاخذ بدون
امره فلا يصلح نائبا عنه وقال مالك واحمد يصح لانها
شركة تتضمن الابدان ولما روى ابو داود عن ابن مسعود
انه قال اشتركت انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ
انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشترك بيننا
النبي صلى الله عليه وسلم والجواب ان الغنائم
مشتركة بين الغانمين فلا يصح اختصاص احد بسبب
الشركة فيها وتشريك النبي صلى الله عليه
وسلم بين ابن مسعود وصاحبيه في الاسيرين يحتمل
ان يكون بازاء نصيبهم من الغنيمة لا لعقد الشركة
التي وقعت بينهم وقيل غنائم بدر كانت للنبي صلى
الله عليه وسلم خاصة فله ان يدفعها الى من شاء
فيحتمل ان يكون دفع الاسيرين لهم لذلك

المباحات اذ لم يصح الشركة فيهما بما اخذها لوجود سبب
الاستحقاق منه ونصفت ان اخذاها لاستوائهما في
سبب الاستحقاق وللمعين خبر مقدم ان اشتركا في
الاحتطاب منه على ان يقطع احدهما ويجمع الاخر وصاحب
العدة ان اشتركا في الاستقاء على ان العمل من احدهما
والدابة والراوية من الاخر اجر المثل المبتدا ولا يزاد
على نصف القيمة عند ابي يوسف لانه رضي به لرضاه
بنصف المسمى كما لا يزاد على المسمى في الاجارة الفاسدة
خلافا لمحمد فانه قال لا بد من اجر المثل لان المسمى مجهول
والرضى بالمجهول لغو فيسقط وقد استوفى منافعه بعقد
فاسد فيكون له اجر مثله بالغا ما بلغ والربح في الشركة
الفاسدة على قدر المال وان شرط الفضل لان
الربح تبع للمال فيتقدر بقدره وتبطل الشركة
بالموت والجنون واللحاق بدار الحرب مرتدا لان
الشركة تقتضي الوكالة وهي تبطل بكل من هذه
الامور فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة تقتضي
الوكالة وهي تبطل اذ لا بد لهما منها وسواء علم الشريك
بموت صاحبه او لا ولم يزك احدهما مال الاخر
بلا اذنه لان كل واحد منهما ليس بنائب عن صاحبه
في الزكوة بل في التجارة واداء الزكوة ليس منها فان
اذن كل لصاحبه بان يؤدي الزكوة عنه فاديا ولاء
اي على التوالي ضمن الثاني للاول عند ابي حنيفة علم
باداء الاول اولا وعندهما ان علم باداء صاحبه
ضمن والا لا كذا اشار في كتاب الزكوة وفي الزيادات
عندهما لا يضمن علم باداء شريكه ام لا وهو الصحيح

عندهما

عندهما وان اديا معا ضمن كل نصيب غيره علم او لم يعلم
عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن اذا لم يعلم والله
اعلم كتاب المضاربة هي مفاعلة من
الضرب في الارض بمعنى السير فيها واخرون يضربون
يبتغون من فضل الله اي يسافرون للتجارة ه
وهو هنا سمي بها لان العامل فيها يسير في الارض
غالبا لطلب الربح ولان المضارب يستحق الربح
بسعيه وعمله فهو شريك في الربح وراس ماله الضرب
في الارض والتصرف واهل المدينة يسمون هذا
العقد مقارضة من القرض بمعنى القطع فصاحب
المال قطع قدرا من ماله عن تصرفه الى العامل فتبدا
العقد فسمي به وشرعا عقد شركة في الربح بمال
من رجل وعمل من اخر وهي مشروعة باطلاق الاية
لان سفر الانسان للتجارة قد يكون بمال نفسه
وقد يكون بمال غيره ولان من الناس من هو صاحب
مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم من هو بالعكس
فشرعت المضاربة لانتظام مصالح الناس وقد
بعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون
بها فاقرهم عليها وبالسنة وهو ما روى ابن ماجه
مرفوعا ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة
وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع وبعمل الصحابة
وهو ما روى مالك في الموطا ان عبد الله وعبيد الله
ابني عمر بن الخطاب خرجا الى العراق فاعطاهما
ابو موسى الاشعري من مال الله على ان يبتاعا به
متاعا ويبيعاه بالمدينة ويؤديا راس المال لامير

المومنين والربح لهما فلما قدما المدينة ربحا فقال عمر اكل
الجيش اسلفه كما اسلفكما فقالا لا فقال ابنا امير
المومنين ادّيا المال وربحه فراجعه عبيد الله وقال
ما ينبغي هذا يا امير المومنين لو هلك المال او نقص
لضمناه فقال لعمر بعض جلسائه لو جعلته قراضا
فاخذ عمر المال ونصف ربحه واعطاهما النصف
وفي المبسوط والمعرفة للبيهقي ان عمر اعطى مال يتيم
مضاربة وكان يعمل به في العراق وان عثمان اعطى
مالا مقارضة وان ابن مسعود اعطى زيد بن خليدة
مالا مقارضة وان العباس كان اذا دفع مالا مضاربة
اشترط على صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل
به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل
فهو ضامن فرفع الشرط الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فاجازه لكن ضعفه البيهقي سنده
وفيه وفي دارقطني بسند صحيح ان حكيم بن حزام
صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا
دفع مالا مضاربة او مقارضة او معاملة شرط
مثل هذا وتنعقد المضاربة بقوله دفعت هذا
المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة لانه
صريحها او خذه واعمل به على ان لك نصف الربح
لانه بمعناه وهي ايداع اولا اي قبل عمله لان المضارب
قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة اي
بقرض والوثيقة وفي شرح الطحاوي وكذا الحنابلة
في ان يصير المال مضمونا على المضارب ان يقرض
جميع المال من المضارب الا درهما واحدا ويسلمه

اليه

اليه ثم يعقد الشركة عنان على ان يكون راس مال
المقرض درهما وراس مال المستقرض جميع ما استقرضه
على ان يعملا جميعا والربح بينهما ثم يعمل فيه بعد
ذلك المستقرض خاصة فان هلك في يده فالقرض
عليه وان ربح فالربح بينهما وهي توكيل عند عمله
لانه لرب المال بامره ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة
عليه كالوكيل وهي شركة في الربح ان ربح لتحصله
بالمال والعمل وهي غصب ان خالف المضارب لوجود
التعدي منه على مال غيره وبه قال مالك والشافعي
واحمد واكثر اهل العلم وعن علي والحسن والزهري
انه لا ضمان على من شورك في الربح وهي بضاعة
ان شرط كل الربح للمالك لان المضارب لما لم يطلب
لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية كان وكيلا متبرعا
وهذا معنى البضاعة فكان نص عليها وهي قرض
ان شرط كله للمضارب لان المضارب لا يستحق الربح
كله الا اذا صار راس المال ملكا له لان الربح فرع
المال فكان تمليك المال مقتضى ههنا لكن لفظ
المضاربة يقتضي رده فكان قرضا لاشتماله على
المعنيين ولان القرض ادنى من الهبة فكان بالاعتبار
اولى لكونه اقل ضررا وقال مالك هي في الصورتين
مضاربة صحيحة لانه اذا شرط لاحدهما كل الربح
فكان الاخر وهب له نصيبه واجيب بان الربح
حال العقد معدوم والهبة لا تصح عند عدم الموهوب
وقال الشافعي واحمد اذا قال خذه مضاربة والربح
لي ولك فتفسد المضاربة لانها يقتضي ان يكون

الربح بينهما فاذا اشترط اختصاصه باحدهما فسدت
كما لو شرط الربح كله في شركة العنان واجيب بانه
لما ثبت حكم الابضاع او القرض انصرف العقد اليه
وصار كانه قال خذه بضاعة او قرضا وهي اجارة فاسدة
ان فسدت لان الواجب له حينئذ في مقابلة عمله
اجر المثل كما لاجارة الفاسدة فلا ربح له اي للمضارب
بل له اجر مثل عمله سواء ربح او لا وبه قال الشافعي
واحمد في رواية لان الاجر يجب بتسليم المنافع او العمل
وقد وجد العمل فيجب له اجر المثل وعن ابي يوسف
لا اجر له اذا لم يربح وبه قال مالك في رواية وبعض
اصحاب احمد اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه اذا
لم يربح فيها لا يستحق شيا والفاسد من العقود
ياخذ حكم صحيحه ولا يزاد في اجر العمل للمضارب
على ما شرط من الربح عند ابي يوسف لانه رضي به
خلافا لمحمد فانه قال له اجر المثل ولو زاد على ما
شرط ولا يضمن المال فيها اي في المضاربة الفاسدة
بالهلاك كما لا يضمن في المضاربة الفاسدة
الصحيحة قال الطحاوي هذا قول ابي حنيفة خلافا
لهما وقال ابو جعفر الهندواني لا يضمن المال في
المضاربة الفاسدة عند الكل قال الاسبيجابي وهو
الاصح لان للمال في يد المضارب امانة سواء صحت
المضاربة او فسدت لان رب المال لما قصد ان
يكون المال عنده مضاربة قصد ان يكون امينا
وله ولاية ذلك ولا يصح المضاربة الا بما له يصح
به الشركة لانها عقد شركة في الربح فلا يصح

لا بما

الا بما يصح به الشركة وقد مر ما يصح به الشركة في كتابها
ولا يصح المضاربة الا بتسليمه اي المال الى المضارب لان
يده على المال يد امانة فلا يتم المضاربة الا بتسليمه
كالوديعة وشيوع الربح اي ولا يصح المضاربة الا بشيوعه
بينهما اي بين رب المال والمضارب لان عدم شيوعه
بينهما بان سمى منه لاحدهما دراهم او دنانير يؤدي
الى قطع الشركة فيه على تقدير ان لا يزاد على المسمى
وللمضارب في مطلقها وهو غير مقيد بزمان او
مكان ان يبيع بالنسيئة الا باذن رب المال او غيرهما
ان يبيع بنقد ونسيئة لانها من صنع التجار وقال
مالك والشافعي واحمد في رواية لا يبيع بالنسيئة الا
باذن رب المال الا باجل بهذه سنين من النسيئة
لم يعهده اي عند التجار لانهم العمدة في هذا الباب
وان يشتري وان يوكل بهما اي بالبيع وهذا استثني
من النسيئة والشراء وان يسافر وان يبضع ولو كان
المبضع رب المال المراد بالابضاع هنا مجرد الاستعانة
المضارب لا ما هو المتعارف من انه يكون المال
للمبضع والعمل من الاخر ولما صح استعانة المضارب
بالاجنبي فلان يصح استعانته برب المال وهو
اشفق عليه كان اولى ولا يفسد المضاربة به اي
بابضاع المضارب رب المال وقال زفر تفسد
وان يودع وان يرتهن وان يرهن وان يوجر
وان يحتال اي قبل الحوالة بالثمن على الايسر والاعسر
لان هذا كله من صنع التجار في تجاراتهم والعقد مطلق
ولا يحصل المقصود منه وهو الربح الا بالتجارة فيتناول

مما هو من صنيع التجارة في تجاراتهم وعن ابي يوسف
انه لا يملكه الا باذن وبه قال الشافعي واحمد
في رواية لان فيه تعريض المال للهلاك بلا ضرورة
ولا يقرض الا باذن لان الاقراض تبرع وليس
من ضرورات التجارة فلا يملكه المضارب وان قيل
له اعمل برايك كما لا يملك الهبة والصدقة ولا يستدين
لما في الاستدانة من شغل ذمة المالك الا باذن المالك
لان المنع لحق المالك وله تركه ولا يصلح الا باذن
المالك او باعمل برايك ولا يخلطه اي مال المضاربة بماله
الا به اي باذن المالك وفي نسخة باذنه اي صريحا
او باعمل برايك لان شيا من المضاربة والخلط لا يتوقف
عليه التجارة فلا يدخل في مطلق المضاربة ولكنه
جهة يتميز فيدخل في العقد عند وجود الدلالة
علي دخوله وهو اذن رب المال او قوله اعمل
برايك فلو قيل للمضارب هذا اي اعمل برايك فاشتري
المضارب ثيابا وقصر او حمل بماله تبرع لان هذا
استدانة علي رب المال وهو لا يملكها بهذا المقال
بخلاف ما اذا صبغ بماله احمر فانه يصير شريكا
بما زاد الصبغ لانه مال قايم فاذا بيع الثوب كان
للمضارب حصة الصبغ وكانت حصة الثوب
ابيض علي المضاربة ولا يجاوز المضارب بلدا
وسلعة ووقتا وشخصا عينه المالك وخص التصرف
به وبه قال احمد وقال مالك والشافعي اذا شرط المالك
ان لا يشتري الا من رجل بعينه او سلعة بعينها
او ما لا يعم وجوده لا يصح المضاربة وانما قال بلدا لانه

لو عين

لو عين سوقا لا يتقيد به الا اذا صرح بالنهي بان قال
لا تعمل في غير هذا السوق لانه صرح بالحجر فان جاوز
المضارب شيا من ذلك ضمن لانه صار غاصبا
لمخالفته وله ربحه لانه ملكه بالضمان ولا يزوج المضا رب
عبدا او امة من مال المضاربة لانه ليس من عمل
التجارة وعن ابي يوسف ان له يزوج الامة اذ يستفيد
به المهر ولا يشتري المضارب من يعتق علي رب المال
لقرابة او يمين ولو شري من يعتق علي رب المال
فللمضارب اي فالمشتري للمضارب ولا يشتري من
يعتق عليه اي علي المضارب ان كان ربح في المال
او ان كان ربح المضارب ولو فعل شرا من يعتق
عليه ضمن لانه يصير مشتريا لنفسه فيضمن
بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في الحال ربح الا
بان لم يكن في قيمة العبد المشتري زيادة علي راس
المال صح شرا المضارب من يعتق عليه للمضا رب
لانه لا ملك له فيه ونفقة مضارب مبتدا مضاف
علي مصره صفته في ماله خبر المبتدا او في سفره
عطف علي في مصره اي ونفقة مضارب عامل
في سفره طعامه وشرابه دون دوابه في ظاهر الرواية
وروي الحسن عن ابي حنيفة ان علف الدواب في
مال المضاربة وهذا كانت نفقة المراة علي الزوج
او واتها في مالها وكسوته واجرة خادمه وغسل
ثيابه وركوبه بفتح الراء مركوبه ومعطوف علي
طعامه وطعامه وما عطف عليه بيان لنفقة
المضارب في سفره كرا وشراء غير ان نسبة الركوب

اليه وعلفها اي علف ركوبه فيما لها اي في مال المضاربة
هذا تفسير نفقة المضارب في سفره بالمعروف اي الشايع
فيما بين التجار وضمن الفضل اي الزيادة على المعروف
وقال الشافعي واحمد نفقته في السفر في مال
نفسه وما دون مسافة سفر ان كان بحيث يغدو
واليه ولا يبيت باهله كالسفر فيكون نفقته
ان عمل فيه في مال المضاربة لان خروجه لاجلها
فصار محبوسا لها وان كان بحيث يغدو واليه
ويبيت باهله كالمصر فيكون نفقته في مال نفسه
لان اهل المصر يتجرون في السوق ويبيتون في
منازلهم فان ربح المضارب اخذ المالك من الربح
ما انفق المضارب من راس المال حتى يتم له
ثم قسم الباقي لان راس المال اصل والربح مبني
عليه ولا يسلم الفرع حتى يسلم الاصل ولان ما
ذهب للنفقة هالك والهالك في المضاربة
يصرف الى الربح وان دفع المضارب المال الى غيره مضاربة
بلا اذن من رب المال لم يضمن عند الدفع بل ضمن
عند عمل الثاني ربح او لم يربح وهذا قول ابي
يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية وقيل لا يضمن
عند عمل الثاني بل يضمن عند ربحه وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة وقال زفر يضمن عند
الدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف
وقول مالك والشافعي واحمد وصح عقد المضاربة
ان شرط لعبد المالك شيء من الربح ليعمل مع
المضارب بان شرط ان يكون ثلث الربح للمالك

وثلث

وثلث لعبده وثلث للمضارب ثم اذا صحت المضاربة
يكون للمولى ما شرط للعبد ان لم يكن عليه دين وان
كان عليه دين فهو للغرماء وانما قال عبد المالك
على المالك فيمنع صحة المضاربة والجامع ان الحكم في عبد
المضارب كذلك عند شرط العمل دفعا لما يتوهم
ان يد العبد للمولى فلم يحصل التخلية بخلاف شرط
العمل على المالك فانه يمنع التخلية لبقاء يد المالك
على المال فيمتنع صحة المضاربة وانما قال ليعمل
لانه اذا لم يشترط عمل العبد فالمشروط للعبد يكون
للمولى مطلقا لان العبد لم يشترط العمل له ولي
راس المال فيكون للمولى وكره في الذخيرة وبطل
المضاربة بموت احدهما لانه توكيل وهو يبطل
بموت الوكيل او الموكل ولحاق المالك بدار الحرب مرتدا لانه
موت حكما ولذا يقسم ماله بين ورثته ويعتق
مدبره وام ولده وقيد باللحاق لان بمجرد الارتداد لا
يبطل تصرف المضارب عند ابي حنيفة بل
يوقفه على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت
او القتل وقيد اللحاق بالمالك لان لحاق المضارب
مرتدا لا يبطل المضاربة عندهم لان تصرفات المرتد
انما يتوقف عند ابي حنيفة للتوقف في املاكه
ولا ملك للمضارب في مال المضاربة فبقيت المضا ربة
على حالها ولا ينعزل المضارب اذا عزله رب المال
حتى يعلم المضارب بعزله لانه وكيل من قبله
وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه لانه نهي والا
حكام المتعلقة بالامر والنهي لا يوثر فيها النهي الا بعد

دليله اوامر الشرع ونواهيه وهذا اذا كان العزل
قصدا فلو كان العزل حكميا كالموت فلا يشترط علم
المضارب به كما في الوكالة فلو علم بعزله بعدما صار
مال المضاربة عرضا فله بيع عرضها لان حقه ثبت
في الربح وانما يظهر بالقسمة وقسمة الربح على ان
ينض راس المال اي يتحول عينا بعد ان كان متاعا
كذا في القاموس ثم لا يتصرف في ثمنه بان لا يشتري
به شيا اخر ولا في نقد نض بفتح النون وتشديد
المعجمة اي حصل من جنس راس ماله لان التصرف
في العرض ببيعه بعد العزل انما كان لضرورة
ظهور الربح ولا ضرورة هنا ويبدل المضارب
بعد العزل خلافه اي خلاف جنس راس المال
به اي بجنس راس المال وبه قال الشافعي واحمد
ولو افترقا من المضاربة وفي المال دين لزمه اي المضارب
طلبه اي طلب الدين ان كان ربح لان المضارب
كالاجير وحصته من الربح كالاجرة وقد سلمت له فيجبر
على اتمام العمل والا اي وان لم يكن ربح لا يلزمه طلب
الدين لانه وكيل محض والوكيل متبرع والمتبرع
لا يجبر على اتمام ما تبرع به لكن يوكل المضارب
المالك به اي بطلب الدين لان حقوق العقد
يتعلق بالعاقد وهو ههنا المضارب فلم يكن
لرب المال المطالبة بالدين الذي بما عقده المضار
الا بتوكيل من المضارب فيومر المضارب بتوكيله
كيلا يضيع حقه وقال مالك والشافعي واحمد
يلزم المضارب طلب الدين لانه بعقد المضاربة

التزم

التزم رد راس المال على صفته فيلزمه ان ينضه
كما لو كان في المال ربح والبياع اي الدلال والسمسار
بكسر السين الاولى المتوسط بين البايع والمشتري
فارسي معرب يجبران عليه اي على طلب الثمن
لانهما يعملان باجرة عادة فكان ذلك بمنزلة
الاجارة الصحيحة وما هلك من مال المضاربة
صرف الى الربح اولا لان الربح تابع لراس المال لتصور
وجود راس المال بدون الربح بخلاف العكس
فينصرف الهالك اليه كما يصرف الهالك من مال
الزكوة الى العفو دون النصاب لان العفو تبع
للنصاب وان قال المالك عينت نوعا صدق
المضارب مع يمينه ان جحد التعيين بان قال
ما سميت لي تجارة بعينها او قال عممت التجارة
في الانواع كلها وقال زفر صدق رب المال لان
الاذن مستفاد منه كما في الوكالة ولنا ان الاصل
في المضاربة العموم دون الخصوص وفي
الوكالة الخصوص دون العموم والقول قول
المتمسك بالاصل وان ادعي من المالك والمضا رب
نوعا صدق المالك مع يمينه لانهما اتفقا على
الخصوص والاذن مستفاد من جهة المالك
واعتبار قول من يستفاد الاذن منه احق من غيره
والبينة بينة المضارب لاحتياجه الى نفي الضمان
وكذا يصدق المالك مع يمينه ان قال المال بضاعة
او وديعة وقال ذو اليد مضاربة لانه ينكر دعوى
الربح او قال قرض لانه ينكر دعوى التمليك

كتاب المزارعة هي لغة مفاعلة من الزراعة
وهي الانبات لقوله تعالى انتم تزرعونه ونسبتها
الى غيره سبحانه مجاز من اسناد الفعل الى السبب
وهو الحراثة وهي اثارة الارض للزراعة وما ستنبت
بالبذر يسمى زرعا ايضا تسمية بالمصدر وانما عبر
عنها بالمفاعلة التي تقتضي الفعل من الجانبين
لان الاعانة على الفعل من اعطاء البذر والالة
بمنزلة الفعل كالمضاربة وتسمى المزارعة مخابرة
ايضا من الخبرة وهي النصيب او من خيبر لانها
اول ما دفعت اليهم وشرعا **عقد الزرع ببعض
الخارج منه ولا تصح عند ابي حنيفة** فان وقعت
يجب على صاحب البذر اجر المثل للعامل ولرب
الارض والغلة له لانها نماء ملكه وانما لا تصح عنده
لما اخرجه مسلم عن ثابت ابن الضحاك ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وامر
بالمؤاجرة وقال لا باس بها وما رواه ابن ابي شيبة
عن ثابت بن الحجاج عن زيد بن ثابت قال نهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قلت وما
المخابرة قال ان تاخذ الارض بنصف او ثلث او ربع
ولقول ابن عمر كنا نخابر ولا نرى بذلك باسا حتى
زعم رافع ابن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عنها فتركناها من اجل ذلك وعن عطا عن
جابر بن عبد الله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة قال عطا فسرها لنا
جابر فقال اما المخابرة فالارض البيضا يدفعها الرجل

الى

الى الرجل فينفق فيها ثم ياخذ من الثمر والمحاقلة بيع
الزرع القايم بالحب كيلا والمزابنة بيع الرطب في
النخل بالتمر كيلا رواهما مسلم وفي سنن ابي داود
ان رافع ابن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فذكر ان بعض عمومته
اتاه فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن امر كان لنا نافعا وطواعية الله ورسوله
انفع لنا وانفع قال قلنا وما ذلك قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم من كانت له ارض فليزرعها
او ليزرعها اخاه ولا يكاريها بثلث ولا بربع ولا
بطعام مسمى ولان المزارعة استيجار باجر
مجهول او معدوم وكل منهما مفسد ولانها استيجار
ببعض ما يخرج من العمل فيكون في معنى قفيز
الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كر
حنطة بقفيز من دقيقها واما ما اخذه النبي صلى
الله عليه وسلم من اهل خيبر فما كان خراج
مقاسمة بطريق المن والصلح وذلك جايز بدليل
انه عليه السلام لم يبين لهم المدة وقال ابو بكر
الرازي ومما يدل على ان ما شرط عليهم من نصف
الثمر والزرع كان على وجه الجزية لانه لم يرو في شي
من الاخبار ان النبي صلى الله عليه وسلم
اخذ منهم الجزية الى ان مات ولا ابو بكر الى ان مات
ولا عمر الى ان اجلاهم ولو لم يكن ذلك جزية لاخذ
منهم الجزية حين نزلت اية الجزية والحيلة عنده
ان يستاجر رب البذر العامل باجر معلوم الى مدة

عها

ولو كانت مزارعة لبينها لانه
المزارعة لا تجوز عنده من غير بيان
الا ببيان المدة

معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب
له من الاجر في ذمته سوا احتمل الخارج او لا فيجوز
ذلك برضاهما كالدين اذا اعطي عنه خلاف جنسه
وصحت المزارعة عندهما لما اخرجه الجماعة الا النسائي
عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم عامل اهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر
او زرع وفي لفظ لما افتتح خيبر سال اليهود رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان يقرهم فيها على ان
يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع
فقال عليه السلام نقركم فيها على ذلك ما شئنا
وفي لفظ لابي داود عن ابن عباس فلما كان حين
يصرم النخل بعث اليهم عبد الله بن رواحة فحزر
عليهم النخل وهو الذي سماه اهل المدينة الخرص
فقال في ذه كذا وكذا قالوا اكثرت علينا يا ابن رواحة
قال فانا الي حزر النخل واعطيكم نصف الذي
قلت قالوا هذا الحق وبه تقوم السماء والارض
قد رضينا ان ناخذه بالذي قلت وفيه عن جابر
فخرصها اربعين الف وسق ولما خيرهم اخذوا الثمر
وعليهم عشرون الف وسق وعن عمرو بن دينار
قال قلت لطاوس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون
ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال
اي عمرو فاني اعطيهم واعينهم وان اعلمهم
ابن عباس اخبرني ان النبي صلى الله عليه وسلم
لم ينه عنها وانما قال لان يمنح احدكم اخاه خير له من
ان ياخذ عليه خرجا معلوما متفق عليه وعن عروة

ابن

132 ابن الزبير قال قال زيد بن ثابت يغفر الله لرافع ابن
خديج انا والله اعلم بالحديث منه اتاه رجلان قد
اقتتلا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان كان هذا شانكم فلا تكروا المزارع رواه ابو داود
واما ما فيه من قوله عليه السلام من لم يذر المخابرة
فليوذن بحرب من الله ورسوله فمحمول على
قول رافع كنا اكثر اهل المدينة حقلا وكان احدنا
يكري ارضه فيقول هذه القطعة لي وهذه لك
فربما اخرجت ذه ولم تخرج ذه فنهاهم النبي صلى الله
عليه وسلم متفق عليه كيف وقد قال ابو جعفر
ما بالمدينة اهل بيت هجرة الا يزرعون على الثلث
والربع وزارع علي وسعد بن مالك وعبد الله ابن
مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وال
ابي بكر وال عمر وابن سيرين وعامل عمر الناس على
انه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان
جاءوا بالبذر فلهم كذا رواه البخاري ولانها عقد
شركة بين المال والعمل فيجوز كما في المضاربة
والجامع الحاجة لان صاحب الارض قد لا يقدر على
العمل والقادر على العمل قد لا يجد الارض فمست
الحاجة الى المزارعة لينتظم مصلحتهما ويحصل
منفعتهما من الريع كما ان من له مال قد لا يهتدي
الى التجارة ومن يهتدي الى التجارة قد لا يكون
له مال فمست الحاجة الى المضاربة وبه اي بقولهما
في المزارعة يفتى لحاجة الناس اليها ولتعامل الناس
بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد

اجازها الخلفاء الراشدون وعدة من الانصار والمهاجرين
واما ما روي من النهي علي النهي محمول فانهم كانوا
يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض
وهو مفسد للعقد كما لو دفع الغنم وعلفها الى من
يرعاها ويجذها بنصف الزوائد التي تحدث منها
فلذا نهوا عنها ثم اعلم ان ابا حنيفة فرع مسائل
المزارعة والمعاملة على اصولهما لما علم الناس لوما
حذوه بقوله فيهما كذا في الفصول العمادية
والاظهر ان صحة المزارعة رواية عنه والمسائل
متفرعة عليها الا انه اختار فسادها واخذ اصحابه
برواية صحتها **بشرط صلاحية الارض للزرع** لان المقصود
وهو الريع لا يحصل بدونه **واهلية العاقدين** وهما رب
الارض والمزارع بان يكون كل واحد منهما حرا عاقلا
بالغا وعبدا او صبيا ماذونين وهذا الشرط لاختصاص
بهذا العقد بل بجميع العقود كذلك **وذكر المدة** لان
التقدير على منفعة رب المال الارض ان كان البذر
من جهة العامل وعلى منفعة العامل ان كان البذر
من جهة رب الارض والمنفعة هنا لا يعرف مقدارها
الا ببيان المدة فكانت معيارا للمنفعة ويشترط في
المدة ان لا يكون اقل مما يمكن فيه الزراعة وان لا يكون
لا يعيش الى مثلها احدهما غالبا وهو المختار للفتوى
على ما في الخزانة وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان
المدة ويقع ما لم يبين فيه المدة على سنة واحدة وبه
اخذ الفقيه ابو الليث وفي القناوي المنصورية
الفتوى على ما قاله محمد بن سلمة **ورب البذر** اي

وذكره

وذكره بتسميته لانه المستاجر **وذكر جنسه** اي جنس
البذر ليصير الاجر معلوما لانه منه **وذكر قسط الآخر**
وهو غير رب البذر لانه اجرة عمله او ارضه **والتخلية**
اي وبشرط التخلية **بين الارض والعامل** الخارج بين العاقدين
لتحقق المعنى المقصود من الزراعة وهو الشركة لانها
تنعقد اجارة في الابتداء وشركة في الانتهاء **فتفسد**
المزارعة **ان شرطا ما ينافيه** اي ينافي شيوع الحب
الخارج **كرفع البذر** اي رفع رب البذر البذر من الخارج
ثم قسمة الباقي **او رفع الخراج** من الارض الخراجية خراجا
موظفا **ثم قسمة** الباقي لجواز ان لا يخرج من الارض الا القدر
المرفوع فقيدنا بكون الخراج موظفا لانه لو كان مقاسمة
كالربع او الخمس لا يفسد المزارعة كما لو شرط رفع العشر
وقسمة الباقي لان هذا الشرط لا يؤدي الى قطع الشركة
وكذا يفسد المزارعة **ان شرط التبن لغير رب البذر**
ثم قسمة الحب لان هذا الشرط يؤدي الى قطع الشركة
اذا لم يخرج الا التبن لان استحقاق صاحب البذر انما
هو بالشرط **وصح عقد المزارعة ان شرط التبن لرب**
البذر لان ذلك حكم عقد المزارعة **او ان لم يتعرض**
للتبن لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود وهو
الحب والتبن لصاحب البذر لا يحتاج في اخذه الى
شرط لانه نماء بذره وقال مشايخ بلخ التبن بينهما اعتبارا
للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدين ولانه تبع للحب
والتبع يكون بشرط الاصل **ولا يصح المزارعة الا ان**
يكون الارض والبذر لاحد اي لواحد من المتعاقدين
والبقر والعمل لآخر لان البقر آلة العمل **او الا ان يكون**

الارض لواحد والباقي لآخر لان صاحب البذر حينئذ يكون مستاجرا للعامل وحده باجرة معلومة من الخارج فيجوز واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة التزام ولا شي للعامل ان لم يخرج شي من الزرع لان الشركة انما هي في الخارج فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت فان الواجب حينئذ اجر المثل ويجبر من ابى اي امتنع عن المضي لانها عقد اجارة وهو يجبر عليه من ابى عن المضي فيه الا رب البذر لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه وهو القاء بذره على الارض ولا يدري هل يخرج اصلا فلا يجبر عليه وصار كمن استاجر اجيرا ليهدم داره ثم امتنع ولو امتنع الاجير اجبر على العمل لان المزارعة ينعقد اجارة والاجارة عقد لازم يفسخ بالعذر عندنا ولم يتحقق هنا من جهة رب البذر لا من جهة العامل فان ابى رب البذر عن المضي في العقد والبذر من قبله بعد ما كرب العامل الارض اي قلبها للحرث يجب عليه ديانة ان يرضي اي يسترضي العامل بان يعطيه اجر مثل عمله لانه غره في ذلك ولا يجب عليه قضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج ولا خارج وان فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر لانه نماء ملكه وللآخر اجر مثله من عمل او ارضه ولا يزاد على ما شرط لانه رضي بسقوط الزائد عليه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه اجر مثله بالغا ما بلغ ويبطل المزارعة بموت احدهما اي احد العاقدين اذا عقدها لنفسه اعتبارا بالاجارة سواء كان قبل الشروع في العمل او بعده وهذا على اطلاقه هو القياس وفي الاستحسان اذا مات احدهما وكانت المدة ثلاث سنين مثلا وقد نبت الزرع في السنة الاولى يبقى عقد

الاجارة

الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل في الباقي من السنين لان في ابقاء العقد مراعاة للحقين فيعمل العامل او ورثته الى ان يحصد الزرع ويقسم على ما شرطاه ويفسخ بدين لاحق لرب الارض محوج الى بيعها لانها يفسخ بالاعذار وهذا عذر كما في الاجارة ويطالبه العامل اذا كرب الارض او حفر النهر بشي لان المنافع انما يتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج واذا لم يكن خارج لم يجب شي وهذا اذا لم ينبت الارض واما اذا نبت فلا تباع الارض في الدين حتى يستحصد لان في بيعها قبل ذلك ابطال حق المزارع وفي تاخير بيعها حتى يستحصد الزرع تاخير حقه الغرما والتاخير اهون من الابطال فان مضت المدة المشروطة في الزراعة ولم يدرك الزرع فعلى العامل لصاحب الارض اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك الزرع ويستحصد فلا يجوز لرب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لما فيه من اضرار المزارعة فاما اذا اراد المزارع ان ياخذه بقلا فلرب الارض ان يقلعه ويكون بينهما او يعطيه قيمة نصيبه او ينفق على الزرع ويرجع بما ينفقه في حصة المزارع كذا في الهداية ونفقة الزرع اي بقدر الحصص كاجر الحصاد ونحوه من الرفاع والدياس والتذرية لان عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع وهذه الاشياء بعد انتهائه وهو حينئذ مال مشترك بينهما فيجب عليهما على قدر ملكهما فان شرط اجر الحصاد ونحوه العامل صح عند ابي يوسف وبه يفتى

وهذا اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة وهو الاصح في ديارنا
يعني لتعامل الناس بها كذا في الهداية وفسد في
ظاهر الرواية وهو القياس وهذا بخلاف ما اذا اشترط
على رب المال الارض فانه مفسد بالاتفاق لعدم
العرف وكذا ان اشترط الجذاذ على العامل او الحصاد
على غير العامل لا يجوز بالاتفاق لعدم التعامل وعن
نصير ابن يحيى ومحمد بن سلمة ان هذا كله يكون
على العامل شرط ام لا بحكم العرف قال شمس الائمة
السرخسي هذا ايضا هو الصحيح في ديارنا كذا في
فتاوي قاضي خان **فصل المساقات** لغة مفاعلة
من السقي وشرعا **دفع الشجر الى من يصلحه بجزء**
معلوم شائع كما في المزارعة **من ثمره** اي ما هو المقصود
منه فيتناول الرطبة والقوة والزعفران وغيرها
وفي الاطلاق الشجر دفع لما ذهب اليه الشافعي من ان
المساقات مخصوصة بالنخيل والكروم لان جوازها
بالاثر وانما ورد في النخل والكرم ولنا ان جوازها
للحاجة وهي تعم الكل ولان الاصل في النصوص
التعليل لاسيما على اصله وتسمى ايضا المعاملة
بلغة اهل المدينة **وهي كالمزارعة** في انها
فاسدة عند ابي حنيفة وجائزة عندهما وهو
قول ابن ابي ليلى والفتوى على قولهما وشروطها
عندهما شروط المزارعة **الا انها** اذا امتنع احدهما
عن المضي يجبر لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف
المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر وانها تصح
بلا ذكر المدة استحسانا **وتقع على اول ثمر يخرج**

لان

لان لادراك الثمر وقتا معلوما قلما يتفاوت واذا لم
تعين المدة لان تناول العقد اول ثمرة تتيقن وفيما وراءه
شك فلا يثبت **وادراك بذر الرطبة** مبتدا خبره
كادراك الثمر فيصح المساقات عليه بلا ذكر المدة
ويقع على اول رطبة تخرج لان له نهاية معلومة
بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف خريفا وشتاء
وربيعا والانتهاء مبني على الابتداء فيتحقق الجهالة
وذكر مدة يتيقن انه **لا يخرج الثمر فيها يفسدها**
بعدها **فللعامل اجر المثل** لان الخطا يتبين في المدة
المسماة فيفسد العقد كما لو علم ذلك في الابتداء
واما اذا لم يخرج شيء اصلا فلم يفسد العقد بل وقع
صحيحا ولا شيء لواحد منهما على صاحبه لان عدم
خروج الثمر اصلا لآفة سماوية فلم يتبين الخطا في المدة
ولا يصح المساقات **ان ادرك الثمر وقت العقد**
وصار بحيث لا يزيد في العمل ويصح ان لم يكن
كذلك **كالمزارعة** فانها لا تصح ان ادرك الزرع
واستحصد ويصح قبل ذلك لان العامل انما يستحق
بظهور اثر عمله ولا اثر لعمله بعد ادراك الثمر
او الزرع **وان مات احدهما** والثمر نيء **او مضت**
مدتها والثمر نيء وهو بكسر النون وخفة ساكنة
بعد همز وقد يدغم اي غير نضيج **يقوم العامل**
عليه او وارثه الى ان ينتهي الثمر كما في المزارعة
يعني اذا كان الثمر غير مدرك فان مات رب الارض
فللعامل ان يقوم عليه كما كان قبله الى ان يدرك
الثمر ولو كره ورثة رب الارض فيبقى العقد

دفعا للضرر عنه وان مات العامل فلورثته ان يقوموا
عليه ولو كره رب الارض اذ فيه النظر من الجانبين
ولا يفسخ المساقات الا بعذر لانها اجارة والاجارة
تفسخ بالعذر وكون العامل مريضا لا يقدر على
العمل او يكون العامل سارقا يخاف منه على
سعفه اي سعف رب الاصول او ثمره عذر خبر
لمبتدا الذي هو كون العامل ودفع فضا مبتدا
مضاف والفضا بفاء معجمة ارض بيضا غير
مغروسة ليغرس اي ليغرس كما في نسخة
والمعنى ليغرس ذلك الاخر فيها شجرا فيكون
الارض والشجر بينهما اي بين رب الارض والغارس
نصفين لا يصح لاشتراط العامل الشركة فيما
كان موجودا قبلها لا بعمله وهو الارض فيفسد
فللعامل قيمة غرسه واجر عمله اي اجر مثل
عمله فيما عمل اما قيمة الغرس فلتعذر رده بعينه
لاتصاله بالارض وقد غرسه برضاه واما اجر
مثل عمله لانه طلب عوضا عن عمله ولم يسلم
له ذلك فيجب اجر المثل وانما ما ذكره الشارح
تبعا للهداية في التعليل من انه في معنى قفيز
الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله
وهو نصف الاشجار فنوقش فيه بان مطلق
المعاملة في معنى قفيز الطحان وجوزت
على خلاف القياس بالحديث وهذا اذا كان
الغرس للعامل فان كان الغرس لرب الارض
فعليه اجر مثل فقط وانما قال والارض والشجر

بينهما

بينهما لانه لو شرطا ان يكون الشجر والثمر بينهما جاز ذكره
في فتاوى قاضي خان كتاب احياء الموات هو اي الموات
ارض بلا نفع لانقطاع مائها في ارض لا يزرع الا بماء الانهار
او الابار ونحوه من غلبة الماء عليها او كونها سبخة
او نازة او تعذر زرعها لكثرة الشجر او الحجر والرمل
فيها وسميت بذلك تشبيها لها بالحيوان الميت
في عدم الانتفاع به ولا يعرف مالكها عطف على بلا
نفع وفي بعض النسخ لا يعرف بلا واو فهو صفة
ثانية لارض اي غير مملوكة لمسلم ولا ذمي وعدم
معرفة مالكها اما بان لا يكون لها مالك في الاسلام
وهو حقيقة الموات واما بان يكون لها مالك
فيها ولا يعرف فليس هذا حقيقة الموات
وانما حكمه حكم الموات حيث يتصرف فيه الامام
كما يتصرف في الموات فلو ظهر المالك بعد ذلك
اخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة
والا فلا شي عليه وهو المختار للفتوى بعيده
من العامر وحد بعدها ان يكون بحيث لا يسمع
فيها صوت من اقصاه اي اقصى العامر ومنتهاها ٥
وهذا عند ابي يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا
من العامر لا ينقطع ارتفاق اهله عنه فيدار الحكم ده
بالاحياء على البعد وعند محمد يشترط في الموات
انقطاع الارتفاق حقيقة وان كان الموات
قريبا من العامر واعتمد شمس الائمة السرخسي
على قول ابي يوسف من احياه اي عمره ملكه
مسلما كان او ذميا لانهما لا يختلفان في سبب الملك

ان اذن له الامام في احيائه حتى لو احياه بغير اذن
الامام لا يملكه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكه
من احياه اذن له الامام او لم ياذن وبه قال
مالك والشافعي لما اخرجه الترمذي وقال حديث
حسن صحيح عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال من احيى ارضا ميتة فهي له
ولقوله عليه السلام من احى ارضا ليست لاحد
فهو احق بها رواه البخاري من حديث عايشة
ولفظ ابي يعلى عنها من احيا ارضا ميتة فهي له
وليس لعرق ظالم حق وهكذا رواه ابو داود
والترمذي والنسايي من حديث سعيد بن زيد
وفي رواية الطبراني عن فضالة بن عبيد قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الارض
ارض الله والعباد عباد الله من احيا ارضا
مواتا فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه
فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة
ما روى الطبراني من حديث معاذ ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال ليس للمرء الا ما
طابت نفس امامه به ولانه يتعلق به حق
جماعة المسلمين لا يختص به واحد دون واحد
الا باذن الامام اصله الرزق من بيت المال
والقياس على الحطب والصيد ليس بتام لان
الامام لا يملك ان يامر واحد دون واحد بالحطب
والصيد لكن الحديث فيه ضعف وعلى
تقدير صحته فانه لا دلالة للاعم على الاخص ولو

تركها

ولو تركها بعد الاحيا وزرعها غيره قبل الثاني احق
بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها
والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحيا
فلا يخرج عن ملكه بتركها ومن حجر ارضا اي وضع
حجرا او شيا للاعلام بانه قصد احياها كما ماخوذ من
الحجر بفتح الجيم لان الغالب ان يكون ذلك بالاحجار
او بسكون الجيم بمعنى المنع ولم يعمرها ثلاث حجج بكسر
الحاء اي سنين دفعها الامام الى غيره لان الدفع للاول
انما كان ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين
من العشر او الخراج فاذا لم يعمرها يدفعها الامام الى
غيره لتحصل ذلك والتقدير بثلاث حجج لما روى مسلم
في كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهري عن
سعيد بن المسيب قال قال عمر رضي الله عنه من احيا
ارضا ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث
سنين وروى حميد بن زنجويه والنسايي في كتاب
الاموال عن عمرو بن شعيب ان النبي صلى الله عليه
وسلم اقطع ناسا من جهينة ارضا فعطلوها فاخذها
قوم اخرون فاحيوها فخاصم فيها الاولون الى عمر
ابن الخطاب فقال لو كانت قطيعة مني او من ابي
بكر لم اردها ولكن من رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقال من كانت له ارض فعطلها ثلاث سنين
لا يعمرها فعمرها غيره فهو احق بها ومن حفر بيرا
في موات بالاذن من الامام عند ابي حنيفة وبغير
الاذن ايضا عندهما فله حريمها اي ما حولها للعطن
وهي الابل التي ينزع منها الماء باليد والناضح وهي التي

ينزح الماء منها بالبعير **اربعون ذراعا من كل جانب في**
الاصح احترز به عن قول بعضهم اربعون ذراعا
من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة وقال ابو
يوسف ومحمد ان كان البير للعطن فحريمها اربعون
ذراعا وان كان للناضح فستون ذراعا لما اخرجه
ابن ماجة في سننه من حديث عبد الله بن مغفل
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر
بيرا فله اربعون ذراعا عطنا لماشيته **وللعين**
خمسمائة كذلك اي من كل جانب على الاصح وهو
قول الزهري وقيل خمسمائة من الجوانب الاربعة
من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا وفي
بعض نسخ القدوري حريم العين ثلاثمائة
ذراع وعليهما اعتمد الاقطع وهو قول سعيد
ابن المسيب **وله منع غيره** اي غير حافر البير والعين
من الحفر فيه اي فيما ذكر من الحريم البير وحريم
العين **فان حفر** غيره **في منتهاه** اي منتهى حريم
الاول باذن الامام عندهم ثم حفر غيرهما او بلا اذن
عندهما **فله** اي فللذي حفر المنتهى **الحريم** من
الحفر الذي حفره **ثلاث جوانب** دون الجانب
الذي يلي ملك الاول لسبق ملكه فيه ولو ذهب
ماء الاول الى الثاني فلا شيء عليه لانه غير متعد
في فعله فصار كمن بنى حانوتا عند غيره فكسد الاول
بسببه **وللقناة** وهي مجرى الماء تحت الارض
حريم بقدر ما يصلحها ولم يقدر بشيء يمكن ضبطه
ولا حريم للنهر عند ابي حنيفة لا في موات ولا في

غيره

غيره الا ببينة اي حجة شرعية او دلالة عرفية
قال ابو يوسف ومحمد له مسناة يمشي عليها ويلقي
عليها طينه وبه قال مالك والشافعي في الجامع
الصغير نهر لرجل اي مسناة وارض لاخر خلف
المسناة وليس لاحدهما عليها غرس ولا طين
ملقى لصاحب النهر وتنازعا فهي لصاحب الارض
عند ابي حنيفة وقالا لصاحب الشجر خمسة
اذرع من كل جانب النهر حريم له يلقي طينه
وغير ذلك وهذا يكشف الخلاف في هذه المسالة
هنا وحريم الشجر خمسة اذرع من كل جانب
لما في ابي داود عن ابي سعيد الخدري قال اختصم
الى النبي صلى الله عليه وسلم رجلان في حريم
نخلة فامر بها فذرعت فوجدت سبعة اذرع وفي
رواية فوجدت خمسة اذرع فقضى بذلك وفي لفظ
له فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في حريم
النخلة طول عسيبها ورواه الطحاوي في اثاره
ولفظه اختصم رجلان الى النبي صلى الله عليه
وسلم في نخلة فقطع منها جريدة ثم ذرع بها النخلة
فاذا فيها خمسة اذرع فجعلها حريمها وفي
مستدرك الحاكم عن عبادة بن الصامت ان النبي
صلى الله عليه وسلم قضى في النخلة ان حريمها مبلغ
جريدها **فصل الشرب** بكسر الشين
المعجمة هو **نصيب الماء** اي نصيب من الماء ما لاحتاجه
يعني من نحو خاتم حديد وهذا معناه اللغوي
واما الشرعي فهو الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او ه

او الدولاب ومنه قوله تعالى لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم وخصه المصنف بالنوع الاول ولذا قال
والشفة شرب بني ادم بضم الشين والبهايم
يقال هم اهل الشفة اي الذين لهم حق الشرب
بشفاههم ولكل اي لكل احد من بني ادم حقها
اي حق الشفة وحق سقي الدواب اي اذا كانت
له دابة ان لم يخف تخريب النهر اما لو خيف تخريبه
بالدواب لكثرتها فلم يكن لهم حق سقيها لان
اصل الحق له على الخصوص وانما اثبتناه لغيره
ضرورة ولا معنى لاثباته على وجه يتضرر صاحبه
اذ به تبطل منفعته في كل ما لم يحرز باناء سواء في
ذلك الانهار الكبار والصغار والابار اما الانهار
العظام كدجلة والفرات والنيل وسيحون
وجيحون فلانها ليس لاحد فيها يد على الخصوص
واما الانهار المملوكة والابار والحياض فلانها لم توضع
للاحراز والمباح لا يملك الا به فصار فيها كالصيد
اذا تكنس في ارض انسان حيث لا يملك الا بالاخذ
ولكل احد في الانهار الكبار حق الشرب بكسر المعجمة
بان يجري منها نهرا الى ارضه ونصب الرحى لان الانتفاع
بالانهار كالانتفاع بالشمس والقمر لا يمنع منه على
اي وجه كان والانهار العظام مباحة الاصل لان
فقهر الماء يمنع قهر غيره الا اذا اضر بالعامة لان دفع
الضرر عنهم واجب وذلك بان يكون ميلا الماء الى
الارض التي تسقى او الى الرحى الغ بنصب ويكسر
حافة النهر فتغرق الاراضي والقرى او خص النهر

بصيغة

بصيغة المجهول اي اختص بغيره اي بغير من يريد
ان ينصب عليه رحى ويسقي به ارضا اي دخل في
المقاسم حين قسم الامام لان الماء متى دخل في المقاسم
انقطعت الشركة في الشرب ونحوه عنه ممن لم
يدخل في قسمة اذ لو بقيت لم يكن مختصا والاصل
والاصل في هذا الباب ما اخرجه ابن ماجة في
سننه عن ابن عباس والطبراني في معجمه عن ابن
عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار
ورواه ابو داود ايضا وزاد ابن ماجة وثمنه حرام
ما ليس بمحرز وبالكلا الحشيش الذي ينبت
بنفسه غير من ان يزرعه احد او يسقيه وان
كان في ارض غيره وبالنار الاستضاءة والاصطلاء
اي الاستدفاء والايقاد من لهيبها في الصحراء
لا الجمر لانه ملكه والمراد بالشركة شركة اباحة
لا شركة ملك وما روى ابو يوسف في كتاب
الخراج قال حدثنا المعافى بن كثير عن مكحول ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تمنعوا
كلا ولا ماء ولا نارا فانه متاع للمقوين وقوت ربي نسخ
وقوة للمستضعفين والمقوين المسافرون
كذا قال ابن عباس وقتادة ومجاهد والضحاك
في قوله تعالى ومتاعا للمقوين وكري نهر لم يملك
اي حفره من بيت المال لان ذلك لمصلحة
عامة المسلمين وبيت المال الخراجي معد لمصالحهم
فان لم يكن فيه اي في بيت المال شي يكفيه ومن جملة

بيت المال تأتي ابدا الملوك والوزرا والورا من الاب
الذهب والفضة وفي حلوف يشابهم من الجواهر
ونحوها **فعلى العامة** كريه يجبرهم الامام على ذلك
لان في تركه ضرر وقلما يتفق العامة على المصالح
باختيارهم الا ان الامام يخرج له من يطيقه ويجعل
مونته على المياسر الذين لا يطيقونه بانفسهم كما
تجهيز الجيوش **وكري نهر ملك على اهله** لان منفعته
لهم على الخصوص فيكون مونته عليهم لان
الغرم بالغنم ومن ابى منهم اجبر وقيل لا يجبر الا اذا
كان مشتركا اراد احد شركايه والا فلا معنى للاجبار
مع ترك حقهم بالاختيار **من اعلاه** خبر ثان لكري
نهر ملك لبيان كيفية كريه اي من اوله لا من
اسفله **ومن جاوز** اي الكري **من ارضه** هكذا
في النسخ بزيادة من وزيادتها وان صحت بعد
الشرط على قول ابي علي الفارسي الا ان مجرورها
يشترط ان يكون نكرة وهو هنا مونة فكان
حقها ان يقول ومن جاوز ارضه ولا يبعد
ان يقال بالتضمين فالتقدير ومن تعدى
من ارضه **برئ** من الكري وهذا عند ابي حنيفة
والمثنوي عليه ذكره قاضي خان وقالا هو عليهم
جميعا من اول النهر الى اخره بحصص الشرب
والارضين وتوضيحه ان الشركاء في النهر اذا
كانوا عشرة فعند ابي حنيفة مونة الكري
عليهم جميعا من اول النهر اعشارا الى ان يجاوز
ارض احدهم فحينئذ يكون مونة الكري على

الباقين

الباقين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى ثم يكون
على الباقين اثمانا وعلى هذا النقصان الى اخر
النهر وعندهما المونة عليهم اعشارا من اول النهار
الى اخره لان كل واحد ينتفع بالاسفل كما ينتفع
بالاعلى لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء
فانه اذا سد ذلك فاض على ارضه فيفسد
زرعه فتبين ان كل واحد ينتفع بالنهر من اوله
الى اخره فاذا استووا في الغنم استووا في الغرم
وصح دعوى الشرب بلا ارض استحسانا والقياس
ان لا يصح **ولو اختصم قوم في شرب بينهم قسم
بقدر اراضيهم** لان المقصود من الشرب
الاستقا بسقي الارض فيتقدر بقدرها **ومنع
الاعلى من سكر النهر** اي سده على الاسفل
حتى يشرب حصته **وان لم يشرب الاعلى بدونه**
اي بدون السكر لما فيه من ابطال حق
الاسفل مدة السكر **الا برضاهم** اي برضاء
شركايهم على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب
بحصته او على ان يسكر كل واحد منهم في
نوبته لان الحق لهم وقد رضوا بتركه **ومنع كل
منهم** اي من الشركاء في النهر **من نصب رحى** ونحوه
من شق نهر ونصب دالية وجسر **الا في ملكه**
بان يكون بطن النهر وحافتاه له وللاخر التسييل
لان ذلك تصرف في ملكه نفسه **بحيث لا يضر
بالنهر** من كسر حفته **ولا بالماء** من تغييره
عن سننه الذي كان يجري عليه **وعن التغيير**

اي وشرع كل من الشركاء عن التغيير بما كان قديما
لان شرب الامور بحدثانها كما ورد والشرب يورث
ويوصى بالانتفاع ولا يباع بلا ارض الا عند مشايخ بلخ
فانهم اجازوا بيع الشرب يوما او يومين لان اهل
بلخ تعاملوا على ذلك لحاجتهم اليه وكذا الاجارة
والهبة والصدقة اي وكما لا يباع الشرب الا تبعا
للارض لا يوجر ولا يوهب ولا يتصدق به الا تبعا
للارض اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال
متقوم او لعدم الملك فيه للحال او لعدم امكان
تسليمه ومن سقى ارضه من شرب غيره يضمن لانه اتلف شرب
غيره باستعماله لارضه وهذا اختيار فخر الاسلام
وقال الامام المعروف بخواهر زاده لا يضمن لانه
ليس بمال متقوم لا اي لا يضمن من سقى ارضه
او شجره فنزت ارض جاره او سال من مائها في
ارض جاره فغرقت لانه متسبب غير متعد
لانه له ان يملا ارضه ويسقيها والمتسبب انما يضمن
اذا تعدى وفعله في ارضه ليس بتعد كما لو اوقد
نارا في داره فاحرق في دار جاره فانه ان اوقد مثل
العادة لا يضمن واما اوقد بخلافها يضمن الا ترى
ان من حفر بيرا في ارضه لا يضمن ما عطب فيها
ومن حفر بيرا في الطريق يضمن قالوا وهذا
اذا سقى ارضه سقيا معتادا بان سقاها قدر ما
تحتمله عادة واما اذا سقاه سقيا لا تحتمله فانه
يضمن وكان الشيخ الامام اسمعيل يقول
انما يضمن بالسقي المعتاد اذا كان يحقق فيه بان سقى

ارضه

ارضه في نوبته مقدار حصته واما اذا سقاها في
نوبته او نوبة غيره وزيادة على حقه وحصته فانه
يضمن لوجود التعدي في السبب

كتاب الوقف

هو لغة الحبس ويقال للموقوف تسمية
المفعول بالمصدر ويجمع على اوقاف كوقت واوقات
ولا يقال اوقفه الا في لغة رديئة وشرعا حبس
العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة كالعارية
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما هو حبس العين
على ملك الله تعالى وقيل الفتوى على قولهما
فلا يزول ملك المالك عند ابي حنيفة قيل اصل
هذا ان الوقف لا يجوز عنده وهو المذكور في
الاصل وقيل يجوز عنده ولا يلزم بمنزلة العارية
فيورث ويرجع عنه ويباع الا ان يحكم به حاكم
ولاه الامام فانه حينئذ يزول ملك الواقف
عنه لقضائه في امر مجتهد فيه وصورة الحكم
ان يسلم الواقف وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع
بعلة عدم اللزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي
باللزوم والا في مسجد بني وافرز بطريقه اي
ميزه عن غيره بتعيينه واذن للناس بالصلوة
فيه اي اذنا عاما وصلى فيه واحد فانه ايضا
يزول ملكه عنه لانه جعله خالصا لله تعالى
وشرط الافراز لانه لا يخلص لله الا به والاذن
بالصلاة لان التسليم لا بد منه عند ابي حنيفة
ومحمد وهو في المسجد بذلك لانه في كل شيء بحسبه
واكتفى بصلاة الواحد وعند محمد تسليمه اي الواقف

الي المتولي وقبضه اي قبض المتولي شرط في زوال
ملك الواقف عنه لانه تقرب الي الله بعين ماله
فيتوقف جوازه علي التسليم كالصدقة بالعين
وعند ابي يوسف يزول ملك الواقف بنفس القول وهو
قول الشافعي واكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك
كالاعتاق وبقول ابي يوسف ومحمد ملك الواقف
يزول لا الي مالك بل يرجع الي مالك الاملاك وخالق
الافلاك وبه قالت عامة الفقها وهو الاصح من
مذهب الشافعي واحمد وللشافعي قول وهو
رواية عن احمد انه ينتقل الي ملك الموقوف عليه
ان كان اهلا للملك لامتناع السايبة وقال مالك
لا يزول الوقف عن ملك الواقف لكن لا يباع ولا
يوقف يورث ولا يوهب وهو قول اخر للشافعي
والاصل في جوازه ما رواه محمد بن الحسن في الاثار
واصحاب السنة في سننهم عن نافع عن ابن عمر
قال اصاب عمر بخيبر ارضا فاتي النبي صلي الله
عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط
انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست
اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر انه لا يباع
اصلها ولا يورث في الفقرا والقربي والرقاب
وفي سبيل الله والضيف لا جناح علي من وليها ان
ياكل منها بالمعروف او يطعم منه صديقا غير
متمول به وفي لفظ غير متاثل مالا وفي بعض طرق
البخاري فقال النبي صلي الله عليه وسلم تصدق
باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق

ثمره

ثمره فتصدق به عمر وفي الاسعاف ما حدث به
الخصاف عن محمد بن عمر الواقدي قال قتل مخيريق
علي راس اثنين وثلاثين شهرا من مهاجر رسول
الله صلي الله عليه وسلم واوصي ان اصيب
فامواله لرسول الله صلي الله عليه وسلم
فقبضها عليه السلام وتصدق بها وهي سبعة
حوايط بالمدينة الاعراف وقيل الاعواف والصا فية
والدلال والميثب والبرقه وحسنا ومشربة
ام ابراهيم سميت بها لنزول ام ابراهيم فيها
وما حدث عنه ايضا ان ابا بكر وعثمان وعليا
وجماعة من اصحاب النبي صلي الله عليه وسلم
وازواجه حبسوا علي نحو ما حبس عمر رضي الله
عنهم فكان هذا اجماعا فعليا منهم علي صحته
ولزومه قال في المبسوط وقد استبعد محمد قول
ابي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما علي
الناس من غير حجة فقال ما اخذ الناس بقول
ابي حنيفة واصحابه الا بتركهم التحكم فكيف
يقلدون ولو جاز علي الناس فاذا كانوا هم
الذين يتحكمون علي الناس بغير اثر ولا قياس
لم يقلدوا هذه الاشيا فكيف يقلدون ولو جاز
التقليد لكان من مضي قبل ابي حنيفة مثل
الحسن البصري وابراهيم النخعي احري
ان يقلدوا ولم يحمد علي ما قال قبل وبسبب
ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفريع
مسايل الوقف حتي خاض في الصكوك

واستنكره اصحابه من مسائل الوقف كالخصاف وهلال
والله اعلم بالحال ولابي حنيفة ما اخرجه الدارقطني
في سننه في الفرايض عن عكرمة عن ابن عباس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حبس في الفرايض
الله وفي نسخة عن فرايض الله اي لا مال يحبس
بعد موت المالك عن القسمة بين ورثته ورواه
ابن ابي شيبة عن علي موقوفا وقال ابن ابي شيبة
في مصنفه عن شريح انه قال جاء محمد ببيع الحبس
انما عرفت ذلك فصح عنده اي عند ابي يوسف
وقف المشاع وبه قال مالك والشافعي لان القسمة
من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط
فكذا تتمته ولم يصح عند محمد لان الاصل القبض
ما يتم به وهذا الخلاف فيما يحتمل القسمة واما ما
لا يحتملها كالحمام فان وقفه يجوز مع الشيوع
كالهبة والصدقة الا في المسجد والمقبرة فانه
لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاتفاق لان بقاء الشركة
فيهما يمنع الخلوص لله تعالى وفي الذخيرة مشايخ
بلخ اخذوا بقول ابي يوسف وفي وقفه المشاع
ومشايخ بخارى اخذوا بقول محمد وصح عند ابي يوسف
جعل الغلة اي غلة الوقف كلها او بعضها لنفسه
لان المقصود من الوقف القربة وفي صرف
الغلة الى نفسه ذلك فقد ورد ان نفقة المرء
على نفسه صدقة ولا يصح على قياس قول محمد
وهو قول مالك والشافعي واختاره هلال في
فتاوى قاضي خان ذكر الصدر الشهيد ان الفتوى

على

على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف
انتهى وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة
والزهري وابن شريح من اصحاب الشافعي
وبه اخذ مشايخ بلخ ويؤيده انه اذا بنى حانوتا
او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان
ينزل في الخان او يشرب من السقاية او يدفن
في المقبرة فانه جائز اتفاقا وصح عن الواقف
جعل الولاية على الوقف لنفسه اتفاقا فيهما
لان شرط الواقف معتبر فيراعى كالنص الا ان
عند محمد يسلم ثم يكون له الولاية لان التسليم
شرط عنده ولو لم يشترط الواقف الولاية
لاحد فهي له عند ابي يوسف وقال محمد لا يكون
له بل للقاضي لانه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف
خرج الامر من يده وصار اجنبيا ولابي يوسف
ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه
ويستحيل ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيد
الولاية منه ولانه اقرب الناس الى الوقف فيكون
اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا فانه اولى بعمارته
ولو شرط الولاية لنفسه وكان غير مامون على
الوقف فللقاضي ان ينتزعه من يده نظرا للفقرا
كما له ان يخرج الوصي نظرا للضعفا وصح عند
ابي يوسف شرطه اي شرط الواقف اي يستبدل
اي بالوقف ارضا اخرى اذا شاء ويكون وقفا
مكانه والقياس ان لا يصح الوقف ولا الشرط وهو قول
الشافعي واحمد لانه شرط مناف لمقتضى الوقف فكان

ابطالا له ووجه الاستحسان ان فيه تحويل الوقف
الى ما يكون خيرا منه او مثله فكان تقريرا للوقف
لا ابطالا له واختاره الخصاف وهلال وتوابعه بعين
ما هو لا يصح في قول ابي يوسف وهلال وعند محمد
واهل البصرة وهو وجه عن احمد ان الشرط باطل
والوقف جايز لان هذا الشرط يمنع من زوال الملك
قربة الى الله تعالى ويتم الوقف بدونه فكان فاسد
كما شرط ان يصلي في المسجد قوم دون قوم فان
الشرط باطل ووقف المسجد صحيح واما اذا لم يشترط
الواقف لا يملكه القاضي العالم العامل اذا رأى مصلحة
لئلا يتطرق الى اوقاف المسلمين جور قضاة السوء
كما هو الغالب عليه قضاة زماننا وفي شرح الوقاية
لا منافاة بين صحة الوقف وبين الاستبدال عند
ابي يوسف فانه يجوز الاستبدال في الوقف من غير
شرط اذا ضعف عن الريع ونحن لا نفتي فقد شاهدنا
في الاستبدال من الفساد ما لا يعد ولا يحصى وصح عند
ابي يوسف ترك ذكر مصرف مؤبد بان ذكر جهة ينقطع
وبه قال مالك والشافعي وقول احمد في رواية فاذا
انقطع صرف الى الفقرا وبه قال مالك واحمد في رواية
والشافعي في قول وله قول اخر يصرف الى اقارب
الواقف المحتاجين وهو رواية عن احمد وعن احمد
يوضع في بيت المال وقال ابو حنيفة ومحمد لا يصح
الوقف حتى يذكر مصرفا مؤبدا وقيل التأبيد شرط
بالاتفاق الا ان ابا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد
لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه ومحمد

يشترط لان الوقف صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك
قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف
الى المؤبد وفي المحيط لو قال ارضي صدقة موقوفة
او محررة او محبوسة ولم يذكر التأبيد صح الوقف عند
الكل وصح عند محمد وقف منقول فيه تعامل كالمصحف
ونحوه من كتب العلم وغيرها كالفاس والقدوم والمنشار
والقدر والجنازة وثيابها وما يحتاج اليه من الاواني
في غسل الموتى والكراع والسلاح وعليه الفتوى وهو
قول المشايخ ومنهم شمس الايمة السرخسي واما وقف
السلاح والكراع فيجوز اتفاقا لما في زكوة الصحيحين
عن ابي هريرة قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم
ما نقم عمر بن الخطاب على الصدقة فمنع ابن جميل
وخالد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم ما ينقم ابن جميل الا انه كان فقيرا فاغناه الله
واما خالد فانكم تظلمون خالدا فقد احتبس ادراعه
واعتده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله
فهي علي ومثلها ثم قال اما شعرت ان عم الرجل صنو
ابيه والمراد بالكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان
العرب تجاهد عليها وتحمل عليها السلاح وروي انه
اجتمع في خلافة عمر ثلثماية فرس مكتوب على افخاذها
حبس في سبيل الله وعند ابي حنيفة لا يصح وعند
ابي يوسف يصح تبعا للعقار كالبقر والعبيد الاكرة
فيه وساير الة الحراثة وفي الكراع والسلاح لابي حنيفة
ان شرط صحة الوقف التأبيد ولا تأبيد في المنقول
ولابي يوسف ان النص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر

عليه ولوجدان القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع
لان التعامل اقوى من القياس فانه بمنزلة الاجماع
واكثر نقودها الامصار على قول محمد وفي القنية عن
المحيط البرهاني وقف مائة دينار على مرمى الصوفية
يجمع ويدفع الذهب الى انسان مضاربة ليشغلها
ويصرف الربح **ولا يملك الوقف** اذ اصح لا يحبسه وان كان
على اولاد الواقف لان الموقوف عليه لاحق له في
العين بل في الغلة **ولا يتملك** لقوله عليه السلام لعمر
تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب وكذا لا يرهن لعدم
امكان استيفاء الدين منه ولا يعار لعدم جواز تمليك
منفعته مجانا **لكن يجوز قسمة المشاع** بين الملاك
عند ابي يوسف ومالك والشافعي واحمد اذا طلب
الشريك القسمة وقال ابو حنيفة لا يجوز القسمة
وبينهما يوم قيدنا بالملاك اذ لا يجوز قسمة الوقف
بين مصارفه باتفاق الاصحاب **ويبدا من ارتفاع**
الوقف بعمارته ان وقف على الفقرا شرط الواقف
او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة على التابيد
ولا يتاتى ذلك الا بعمارة الوقف والفقرا ليس لهم
شي حتى يعمر وابه واقرب اموالهم غلة الوقف
فيعمر منها **وان وقف على معين واخره للفقرا فهي** اي
العمارة **في ماله** اي مال ذلك المعين لانه يمكن مطالبته
ويكون العمارة بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي
وقف عليها **فان امتنع الغني او كان فقيرا اجر** اي
الوقف **الحاكم** لذلك المعين او لغيره بقدر عمارة الوقف
على الصفة التي وقفها الواقف ولا يزاد على ذلك الا برضا

ذلك

ذلك المعين وكذا ان كان وقفا على الفقرا لا يزيد على ذلك
في الاصح **وعمره باجرته ثم رده** الحاكم **الى مصرفه** لان في
ذلك رعاية لحق الواقف وحق الموقوف عليه ولا يجبر
الممتنع على العمارة لما فيها من اتلاف ماله **ونقضه** بكسر
النون اي منقوضه **يصرف الى عمارته** ان احتاج **او يدخر**
لوقت الحاجة اليها اي الى العمارة وفي بعض النسخ
اليه اي الى النقض **وان تعذر صرفه** اي النقض
اليها اي الى العمارة **يبيع النقض وصرف ثمنه**
اليها اقامة للبدل مقام المبدل **ولا يقسم النقض**
ولا ثمنه **بين مصارفه** اي مصارف الوقف وهم المستحقون
له لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيها وانما حقهم
في المنفعة والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم
وكذا لا يباع بعض الوقف لعمارة باقيه في الاصح لخروجه
بالاجزاء عن قابلية الملك وقيل يجوز لعود الثمن القايم
مقام ما بيع منه اليه ولا يعيد ابو يوسف المسجد
ملكا لبانيه او وارثه بخراب ما حوله والاستغناء
عنه لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملك وخالفه محمد
وحكم بعوده الى بانيه او الى ورثته لانه عينه لنوع
قربة وقد انقطعت ومثله حصير المسجد اذا استغنى
عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير انه ينقل الى مسجد
اخر على الصحيح من مذهبه او يبيعها القيم لاجل
المسجد ويجوز توسعة المسجد من الطريق عند
ضيقه وسعة الطريق وكذا عكسه لان كلا منهما للمسلمين
وكذا توسعته من وقفه عند الحاجة باذن القاضي
ومن ملك الغير ايضا بقيمته ولو كرها عند الحاجة

البنيان يضيق على الناس دفعا للضرر العام ويجبر الخاص
بالقيمة هذا وان شرط الواقف لاجارته مدة لا يزاد عليها
والا فالمختار الا يزيد في الدور على سنة وفي الاراضي على
ثلاث سنين ولا يوجر الا باجر المثل ولا ينقض الاجارة
ان زادت الاجرة في المدة بكثرة الرغبة خلافا لعلو السعر
ولا يوجره الموجر متوليا كان او قاضيا ويضمن منافعه
بالغصب في المختار وكذا منافع مال الاطفال والمعد
للاستغلال وهو اختيار المتاخرين دفعا للمفسدين
عن ضرر المستضعفين ويجوز الشهادة بالتسامع
والشهرة لاثبات الوقف المتقادم في الاصح كما لا يسمع شرطه
وجهته بالسامع في الصحيح

كتاب الكراهية

بتخفيف الياء اي المكروهات وهي اعم من ان يكون كراهة
تحريم او تنزيه وقد يذكر فيه المباح لدفع توهم كونه
مكروها ويذكر الفرض ليعلم ان تركه حرام ولقبه
القدوري بالحظر والاباحة ولقبه بعضهم بكتاب الزهد
والورع ما كره اي كل مكروه تحريما حرام عند محمد ولم
يتلفظ به اي بالحرام بل عدل عنه الى لفظ المكروه
لعدم القاطع الدال على حرمته فهو يسمي ما ثبت حرمته
بدليل قطعي حراما وما ثبت بدليل غير قطعي من خبر
آحاد وقول صحابي او غيره ذلك مكروها فنسبة
المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض وهذا في
كراهة التحريم اما كراهة التنزيه فهي في مقابلة
السنة وعندهما اي ابي حنيفة وابي يوسف ما كره
ليس بحرام بل الى الحرام اقرب وهذا في المكروه التحريمي
واما التنزيهي فالى الحل اقرب اتفاقا الاكل فرض وكذا

الشرب لقوله تعالى كلوا واشربوا بشرط ان يكون حلالا
لقوله كلوا من طيبات ما رزقناكم ان دفع الاكل به هلاكه
حتى لو جوع نفسه رياضة حتى مات او امتنع عن اكل
الميتة حال المخمصة حتى مات مات عاصيا ومأجور
عليه اي اجر الواجب او السنة بالزيادة على قدر
الرمق وما دون الشبع ان امكنه من صلاته قائما
وان مكنه من صوم فرضا ونفلا فيهما ومباح الى الشبع
ليزيد قوته في التصرفات الدنيوية واما الزيادة
لقوة الطاعة والعبادة فمستحب وقد اغرب العيني
في شرح تحفة الملوك حيث قال ومباح وهو الى الشبع
ليزداد ويتقوى به على العبادة قال فهذا القسم
لا اجر فيه ولا وزر ولكن يحاسب فيه حسابا يسيرا
ولو كان من حل لقوله تعالى ثم لتسئلن يومئذ عن
النعيم وحرام فوقه اي فوق الشبع لصيرورته اسرافا
الممنوع بقوله لا تسرفوا ولما في شعب الايمان عن
عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان
يشتري غلاما فالقى بين يديه تمرا فاكل الغلام فاكثر
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كثرة الاكل
شوم وامر برده ولقوله عليه السلام ان اكثر الناس
شبعا في الدنيا اطولهم جوعا يوم القيامة رواه ابن ماجه
الا ان قصد قوة صوم الغد او بان يأكل اول الليل واخره
زيادة على الشبع او لئلا يستحي ضيفه فيمتنع عن الاكل
لاجله فلا وكذا يجوز الاكل فوق الشبع تطييبا لخاطر
ضيفه ثم التنعم بانواع الفاكهة مباح لقوله تعالى
كلوا من طيبات ما رزقناكم اي مستلذاته وترك المداومة

عليه افضل لظاهر قوله تعالى اذهبتم طيباتكم
في حياتكم الدنيا واستمتعتم بها وقد اعترض صاحب
تحفة الملوك وشارحه العيني في هذا المحل بانه
لا يطابق ما ذكروه من دلايل منها قوله والجمع بين
انواع للاطعمة حرام لان ذلك اسراف وهو حرام لقوله
تعالى ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين ومنها قوله
وكذا وضع الخبز على المايدة اضعاف ما يحتاج اليه
الاكلون فانه اسراف فيكون حراما ومنها قوله وكذا
رفع الخبز على الخوان حرام لما روي عن قتادة عن انس
قال ما علمت النبي عليه السلام اكل في سكرجة ولا خبز
له مرقق ولا اكل على خوان ومنها قوله وكذا وضع
الخبز تحت القصعة ليستقيم حرام لان في ذلك استخفافا
وقد امرنا بتكريمه وكذا مسح الاصابع والسكين بالخبز
ووضع المملحة عليه واكل وجهه خاصة ولا يخفى غرابته
لان امثال ذلك خلاف الاولى وغايته انه يكون كراهة
تنزيه ولا يكون محرما او كراهة تحريم فلا دلالة فيما
ذكره فتأمل فانه موضع زلل وحل عند ابي حنيفة
استعمال المفضض اي المرصع بالفضة وكذا المضبب
وهو المشدود بها حال كون المستعمل متقيا اي مجتنبا
موضع الفضة فيتقي في الشرب موضع الفم قيل وموضع
اليد في الاخذ ويتقي في السرير والسرج والكرسي موضع
الجلوس وكذا اذا جعل ذلك في نصل السيف او السكين
او قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا
المفضض من اللجام والركاب وكذا الثوب فيه كتابة
بذهب او فضة لا يكره عند ابي حنيفة لان موضع التضبيب

تابع

تابع لغيره فلا يكره وصار كالجبة المكفوفة بالحرير والثوب
المعلم بالحرير والقص المسمر بمسمار الذهب والعمامة
المعلمة بالذهب وقال ابو يوسف يكره ذلك لان من
استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره المضبب
مع ابقاء موضع الفضة كما يكره مع استعمال موضعها
وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف
وعلى هذا الخلاف اذا جعل ذلك في السقف او في المسجد
وفي حلقة المراة من الذهب او الفضة او جعل
المصحف مذهبا او مفضضا وهذا كله اذا كان يخلص
منه شيء واما الذي لا يخلص منه شيء كالمموه فلا باس به
اجماعا لانه مستهلك فلا عبرة ببقاء لونه والاحجار اي
وحل استعمال الاحجار الثمينة للاباحة العامة في قوله
تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا وقوله تعالى
قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده لا الذهب
اي لا يحل استعمال الحلي الذهب والفضة للرجال لما اخرجه
الجماعة الا البخاري من حديث عبد الله بن حنين
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بالذهب
واخرج الترمذي والنسائي عن ابي موسى الاشعري ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حرم لباس الحرير
والذهب على ذكور امتي واحل لاناثهم الا الخاتم بالجر على
البدل ومنطقة وحلية سيف منها اي من الفضة
اما الخاتم فلما اخرجه الجماعة ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اتخذ خاتما من فضة له فص حبشي ونقش
فيه محمد رسول الله وفي لفظ ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اراد ان يكتب الى بعض الاعاجم فقيل له انهم

لا يعرفون كتابا الا بخاتم فاتخذ خاتما من فضة ونقش
فيه محمد رسول الله فكان في يده حتى قبض وفي يد
ابي بكر حتى قبض وفي يد عمر حتى قبض وفي يد عثمان
حتى سقط منه في بير اريس فامر بها فنزحت فلم
يقدر عليه والعبرة للحلقة لان قوام الخاتم بها دون
الفص ويجعل الرجل في لبسه الفص الى باطن الكف
خلاف المراة لانه للتزين في حقها ويستحب للقاضي
والسلطان ونحوهما ممن يحتاج الى الختم والافضل لغيرهم
تركه واما المنطقة فلما في عيون الاثر لابي الفتح
اليعمري ويقال له ابن سيد الناس ان النبي صلى
الله عليه وسلم كان له منطقة من اديم مبشور اي
منشور ثلث حلقها وابزيمها وطرفها فضة والابزيم
الذي في راس المنطقة ونحوها واما السيف فلما
اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي عن انس قال
كانت قبيعة سيف رسول الله صلى الله عليه
وسلم من فضة وفي لفظ للنسائي كان نعل سيف رسول
الله صلى الله عليه وسلم من فضة وقبيعة سيفه
وما بين ذلك حلق من فضة وفي لفظ كان حلية سيف
رسول الله صلى الله عليه وسلم من فضة واخرج
الطبراني في معجمه عن مرزوق الصيقل انه صقل
سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذا الفقار
وكانت له قبيعة من فضة وحلق من فضة
والقبيعة بالقاف مفتوحة ثم با موحدة ثم يا تحتية ثم مهملة على زنة
سفينة ما على طرف مقبض السيف من فضة او حديد
واخرج عبد الرزاق في مصنفه عن جعفر ابن محمد قال

رايت

رايت سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم قبيعته
من فضة ونعله من فضة وبين ذلك حلق من فضة
وهو عند هولاء يعني بني العباس واخرج البيهقي عن
عثمان ابن موسى عن نافع عن ابن عمر انه تقلد سيف
عمر يوم قتل عثمان فكان محلى قلت كم كانت حليته
قال اربعماية فقيدنا الذهب والفضة بالحلي لانه لا يحل
للرجال ولا للنساء استعمال انية الذهب والفضة
بالاكل والشرب وغيرهما كاستعمال الملعقة من احدهما
والاكتحال بميل او من مكحلة من احدهما والادهان بدهن
في اناء من احدهما لعموم النهي وفي رواية ام سلمة ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال الذي يشرب في انية
الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الشيخان
ومعنى يجرجر يردد وفي رواية لمسلم من شرب في اناء
ذهب او فضة وفي اخرى له الذي ياكل ويشرب
في انية الذهب والفضة وفي الكتب الستة من رواية
عبد الرحمن بن ابي ليلى قال استسقى حذيفة فاتاه
مجوسي في اناء فضة فقال اني سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا
تشربوا في انية الذهب والفضة ولا تاكلوا في صحافها
فانها لهم في الدنيا ولكم في الاخرة وكذا يحرم كل استعمال
كالاكل بملعقة الفضة والاكتحال بميلها واتخاذ المكحلة
والمراة والدواة من الفضة وما اشبه ذلك من الاستعمال
وروي عن علي كرم الله وجهه صنعت طعاما فدعوته
عليه السلام فجاء فراى في البيت تصاوير فرجع رواه
ابن ماجة لان اجابة الدعوة سنة ورؤية المنكر بدعة

وحل مسمار ذهب في الخاتم اي في نقب فضة لانه تابع له
فصار كالعلم في الثوب وحل شد السن اي يجاف
سقوطها بالذهب كالفضة وكان يخاف الانف من الذهب
وعنهما الجواز وعدمه اما الجواز فلما في السنن سوى ابن
ماجة عن عبد الرحمن بن طرفة ان جده عرفجة ابن
سعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من ورق
فانتن عليه فامره النبي صلى الله عليه وسلم فاتخذ
انفا من ذهب وفي معجم الطبراني بسنده الى هشام
ابن عروة عن عبد الله بن عمرو ان اباه سقطت ثنيته
فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يشدها بذهب
وفي معجم الصحابة لابن نافع بسنده الى هشام بن عروة
عن ابيه عن عبد الله بن عبد الله بن ابي بن سلول
قال اندقت ثنيتي يوم احد فامر النبي صلى الله
عليه وسلم ان اتخذ ثنية من ذهب واما عدمه
عنهما فلان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة
وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فيبقى الذهب
على التحريم والضرورة لم يندفع في الانف دونه حيث
انتن كذا ذكره بعض الشراح وفيه ان نصه عليه
السلام ابتدا باتخاذ الثنية من ذهب يابى عن ذلك
فالمعتمد ان يقال مهما يندفع الضرورة بالفضة
فلا يجوز بالذهب اعتبارا للاخف حيث جوز خاتم
الفضة دون خاتم الذهب والله سبحانه اعلم
ولا يتختم اي لا يجوز للرجل والمرأة ان يتختم بحديد
وصفر اي نحاس اصفر لما اخرجه ابو داود والترمذي
والنسائي عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال جاء
رجل

رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم من حديد
فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ثم جاءه وعليه
خاتم من شبه فقال ما لي اجد منك ريح الاصنام فقال
يا رسول الله من اي شي اتخذه فقال اتخذه من ورق
ولا تتمه مثقالا لا زاد الترمذي قبل التعليم ثم جاءه
وعليه خاتم من ذهب فقال ما لي ارى عليك حلية
اهل الجنة اي في الجنة وقال صغر عرض شبه انتهى
والشبه محركة وبكسر النحاس الاصفر وحجر كاليشب
المشهور باليشب ويقال له البلور واعلم انه وقع
في الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة قال شمس
الائمة السرخسي في شرحه ولظاهر هذا اللفظ
يبين بطريق الحصر كره بعض مشايخنا التختم باليشب
والاصح انه لا باس بذلك وان مراده كراهة التختم بالذ
والحديد على ما ورد به الاثر واما اليشب ونحوه فلا
باس بالتختم به كالعقيق فقد ورد ان النبي صلى الله
عليه وسلم تختم بالعقيق ثم اللبس من الحلال فرض
ايضا لقوله سبحانه خذوا زينتكم عند كل مسجد ولانه
لا يقدر على اداء الصلاة الا بستر العورة ولانه يجب
عليه ستر عورته عن غيره ولان خلقته لا يحتمل
الحر والبرد فيحتاج الى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير
الطعام والشراب ويستحب ستر غير العورة لقوله
عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر نعمته على عبده
رواه الترمذي ولا يلبس الرجل الا قدر اربعة اصابع
عرضا فانه حلال لما اخرجه مسلم عن قتادة عن الشعبي
عن سويد بن غفلة ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه

هب

خطب بالجابية فقال نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاث او
اربع ولما في صحيح مسلم عن ابي عبد الله بن ابي عمر
مولى اسما بنت ابي بكر انها اخرجت لها طيالسة
كسروانية لها لبنة ديباج وفرجيها مكفوفا
بالديباج فقالت كانت هذه عند عايشة فلما قبضت
اخذتها وكان النبي صلى الله عليه وسلم يلبسها
فنحن نغسلها للمرضى نستشفي بها وروى محمد في
الاثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان عمر
ابن الخطاب بعث جيشا ففتح الله عليهم
واصابوا غنايم كثيرة فلما اقبلوه وبلغ عمر انهم
قد دنوا اخرج بالناس ليستقبلهم فلما بلغهم
خروج عمر بالناس لبسوا ما معهم من الحرير والديباج
فلما راهم عمر غضب فاعرض عنهم فلما راوا غضب
عمر القوها ثم اقبلوا يعتذرون فقالوا انما لبسناها
لنريك ما افاء الله علينا قال فسري ذلك عن عمر
رخص في العلم الا اصبعا او اصبعين والثلاث والاربع
قال محمد وبه ناخذ وهو قول ابي حنيفة وكذا
الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان قدر عرض
اربع اصابع ولعل الحكمة في جواز هذا القدر القليل
من اللبس والاستعمال ليعلم العبد به ما اعد الله
له في الاخرة من لذته فيرغب فيما يكون سببا لتحصيله
والتكة من الحرير والقبة منه لا يحل للرجال لانه
استعمال تام ويستحب لبس الثياب الجميلة
للتجمل والتزين واظهار نعمة الله لقوله تعالى قل

من حرم

حرم زينة الله الاية ولقوله سبحانه انزلنا عليكم
لباسا يواري سواتكم وريشا وهو لباس الزينة
ولقوله عليه السلام ان الله يحب ان يرى اثر
نعمته على عبده رواه الترمذي وقد روي ان ابا
حنيفة ارتدى بردا قيمته اربعماية دينار
واما اذا لبس ثياب الزينة للتفاخر واظهار
التكاثر فهو حرام لبس ثيابه كلام **ويتوسده**
اي يجوز ان يجعل الحرير وسادة اي مخده **ويفرشه**
ويستريه بابه عند ابي حنيفة وقالا يكره للمصلي
ولانه من زي المترفين وتقيبه المتنعمين من
الكفار والفجار وقد ذمهم الله سبحانه بقوله
اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا واستمتعتم
بها وبقولهما قال مالك والشافعي وهو الصحيح
لما في صحيح البخاري عن ابن ابي ليلى عن حذيفة
قال نهانا النبي صلى الله عليه وسلم ان نشرب
في انية الذهب والفضة وان ناكل فيها وعن
لبس الحرير والديباج وان نجلس عليها ولابي
حنيفة ما اخرجه ابن سعد في الطبقات
في ترجمة ابن عباس عن راشد مولى لبني عامر
قال رايت على فراش ابن عباس مرفقة حرير
وما اخرجه عن مؤذن بني وداعة قال دخلت
على ابن عباس وهو متكي على مرفقة حرير
وسعيد بن جبير عند رجليه وهو يقول انظر
كيف تحدثني عني فانك حفظت عني كثيرا
ويلبس الرجل ما سداه بضم اوله وهو طوله **ابريسم**

بكسر الهمزة والراء وفتح السين المهملة الحرير **ولحمته** بضم اللام اي عرضه **غيره** اي غير ابريسم من قطن وكتان وصوف ويستوي فيه الحرب وغيره لما روى عبد الرزاق في مصنفه عن وهب بن كيسان انه قال رايت ستة من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخز سعد بن ابي وقاص وابن عمر وجابر ابن عبد الله وابو سعيد وابو هريرة وانس بن مالك والخز هو السدى بالحرير ولما في سنن ابي داود عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال انما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت من الحرير فاما العلم من الحرير وسدى الثوب فلا باس به ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج وهو يتم باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف لا ارى باسا بحشو الخز لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس **ويلبس عكسه** وهو ما لحمته ابريسم وسداه غيره **في حرب فقط** اي ولا يلبس في غيرها واما الخالص فلا يلبس في الحرب عند ابي حنيفة ويلبس عندهما وهو قول مالك والشافعي لانه ادفع للسلاح واهيب للعدو ولابي حنيفة ان النصوص الناهية عن لبسه لم يفصل بين حال وحال ودفع السلاح والهيبة يحصلان بالمخلوط الذي لحمته حرير واما في كامل ابن عدي عن الحكم وكان من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في لباس الحرير عند القتال فقد اعله عبد الحق بعيسى من رواته

وقال

وقال انه ضعيف عندهم بل متروك وفي طبقات ابن سعد بسنده الى الحسن قال كان المسلمون يلبسون الحرير في الحرب انتهى وهو على تقدير صحته قابل للتاويل كما لا يخفى **وكره الباس الصبي ذهبا او حريرا** لان الصبي مما لا يجوز له في الشرع اذا كبر ليالف ذلك الا ترى انا نمنعه من شرب الخمر ونأخذه بالصوم والصلاة خلافا لمالك والشافعي لعدم كونه مخاطبا **وينظر الرجل من الرجل** وتنظر **المراة من المراة ومن الرجل** الاجنبي اذا امنت الشهوة **سوى ما بين السرة والركبة** اما نظر الرجل من الرجل فيما عداهما فلان السرة ليست بعورة لما روى احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحاق قال كنت امشي مع الحسن بن علي في بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها الحسن ولا قبلها ابو هريرة وما تحت السرة الى الركبة عورة لما مر في شروط الصلاة واما نظر المراة من المراة فلوجود المجانسة بين المراتين وانعدام الشهوة غالبا من الطرفين كما في نظر الرجل من الرجل اذا لم يكن امرد صبيحا ولا ينظر اليه بعين الشهوة واما نظرها من الرجل فلان الرجل يعمل شغله متجردا غالبا فلو لم يجز لها النظر اليه لضاق الامر على الناس وفي كتاب

الحنفي من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة
نظر الرجل الى محارمه فلا يجوز ان ينظر لها الى البطن
والظهر لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعلى
الرواية الاولى يجوز وهو الاصح ولو نظرت المراة
الحما يجوز لها ان تنظر منه وفي قلبها شهوة او في اكبر
رايها انها تشتهي او شكت ذلك استحب لها ان
تغض بصرها بخلاف الرجل اذا نظر من المراة الى ما
يجوز له النظر منها وهو الوجه والكف فانه يغض
بصره حتما مع خوف الشهوة لقوله عليه السلام
كتب الله على ابن ادم نصيبه من الزنى يدرك ذلك
لا محالة فالعينان زناهما النظر الحديث رواه مسلم
ومن محرمه اي وينظر الرجل من محرمه وهي ما لا يجوز
المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب او بسبب
من رضاع او مصاهرة بنكاح او سفاح **ومن امة غيره**
قنا كانت او مدبرة او مكاتبة او ام ولد **الى ما ورا الظهر
والبطن والفخذ** اي ما عدا هذه الاشيا اما المحرم فلقوله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد
والله اعلم مواضع زينتهن وما عدا البطن والظهر
والفخذ مواضع الزينة وقد قال علي وابن عباس
الزينة هي الكحل والخاتم رواه الطبراني والبيهقي
فالمراد بها موضعها وهو الوجه والكف وفي رواية
عنه الا ما ظهر منها قال الوجه والكفان وهكذا عن
عايشة واما امة غيره فلان الامة تخرج لحوايج مولاها
وتخدم اضيافها وهي في ثياب مهنتها فصار حالها
خارج البيت في حق الاجانب كحالة المراة داخله في

حق

حق محارم الاقارب فلا يحل النظر الى بطنها وفرجها
خلافا لقول محمد بن مقاتل انه يباح ما دون السرة
الى الركبة وحجته قول ابن عباس من اراد ان يشتري
جارية فلينظر اليها الا موضع المازر ولنا تعامل اهل
الحرمين واما الخلوة بها والسفر بها فقيل يباح
كما في المحارم واليه مال شمس الايمة السرخسي
لان المولى قد يحتاج ان يبعثها في حاجته الى بلدة
اخرى ولا يجد محرما يسافر معها وقيل لا يباح لعدم
الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد لقوله عليه السلام
لا يبيتن رجل عند امراة الا ان يكون ناكحا او ذا رحم
اي محرم رواه مسلم وقوله عليه السلام لا يخلون
رجل بامراة فان الشيطان ثالثهما رواه ابن حبان
في صحيحه وقد ذكر ابو بكر الرازي في احكام القران عن
ابن مسعود ومجاهد والحسن وابن سيرين وسعيد بن
المسيب انهم تاولوا قوله او ما ملكت ايمانهن على الاما
تلت ويويده الاجماع عليه في قوله الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم **وينظر الرجل من الاجنبية** ومن
السيدة **الى الوجه والكفين** لانها تحتاج الى ابداء ذلك
لحاجتها الى الاشهاد والى الاخذ والاعطا وتواضع
الضرورة مستثناة من قواعد الشرع والقدم كالوجه
في رواية الحسن كما ذكره الطحاوي لانها تحتاج الى ابداء
قدميها اذا مشيت حافية او منتعلة وقد لا تجد خفا
في كل وقت واما ما ذكره في الهداية عن علي من نظر
الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب الله في عينيه
الانك يوم القيامة فالمعروف من هذا النحو الحديث

من استمع الى حديث قوم وهم له كارهون صب في اذنه
الآنك يوم القيامة وهو حديث صحيح رواه البخاري
وشرط في حل النظر الامن عن الشهوة فاذا لم يؤمن
لم يحل النظر احترازا عن الوقوع في الحرام الا عند الضرورة
كالقضاء والشهادة اي ادائهما للضرورة احياء حقوق
الناس وقيدنا بادائهما لان النظر لتحملهما لا يباح مع
الشهوة على الاصح لانه يوجد من لا تشتهي فلا ضرورة
والا عند ارادة النكاح لاطلاق ما اخرجه النسائي
والترمذي وقال حديث حسن عن المغيرة بن شعبة انه
خطب امراة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم انظر
اليها فانه احرى ان يودم بينكما اي ان تدوم المودة
بينكما وقد روي من طرق واخرج مسلم عن ابي حازم
عن ابي هريرة قال خطب رجل امراة من الانصار
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهب
فانظر اليها فان في اعين الانصار شيئا ولان المقصود
اقامة السنة لا قضاء الشهوة والا عند الشراء اي
شراء الامة لانه في معنى ارادة النكاح والا عند المداواة
بقدر الحاجة وينظر الرجل الطبيب الى موضع المرض
بقدر الضرورة وصار كنظر الخافضة والختانين
الى موضع الخفض والختان ويجوز للرجل النظر
الى موضع الاحتقان من الرجل عند الضرورة لانه
مداواة والخصي ونحوه من المجبوب كالفحل الخالص
في حكم النظر لانهم ذكور حقيقة ولقول عائشة هو
الخصا مثله فلا يبيح ما كان حراما قبله ذكره في المبسوط
وقيل هو اشد الناس جماعا فانه لا تفتر آلته بالانزال

وكذا

وكذا المجبوب لانه قد يسحق وينزل وان كان مجبوبا
قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا في حقه
الاختلاط بالنساء لوقوع الامن من الفتنة وقد قال
تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال فقيل
هو المجبوب الذي جف ماؤه والاصح انه لا يحل له
ذلك لعموم النصوص وكذا المخنث في الردي من
الافعال لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق
ينحى عن النساء فاما اذا كان في اعضائه لين وفي
لسانه تكسر ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا
في الردي من الافعال فقد رخص بعض مشايخنا
في ترك مثله مع النساء وهو احد تاويل قوله تعالى
او التابعين وقيل المراد الابله الذي لا يدري ما
يصنع بالنساء انما همته بطنه والاصح ان يقول انه
من المتشابه وقوله قل للمؤمنين يغضوا من
ابصارهم محكم فناخذ بالمحكم ونقول كل من كان من
الرجال لا يحل لها ان يبدي موضع الزينة الباطنة
بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا
فحينئذ لا باس به لقوله تعالى او الطفل الذين
لم يظهروا على عورات النساء كذا ذكره بعض
علمائنا والاظهر انه ليس من المتشابه ولو اختلف
في معناه فان مآل الكل الى اشتراط عدم الشهوة
كما هو منصوص عليه في قوله سبحانه غير اولي الاربة
من الرجال او الطفل الذين لم يظهروا على عورات
النساء ولا يبعد ان يكون الموصول نعتا للرجال
والاطفال والله اعلم بالاحوال ولا اي وينظر

الرجل ولو بشهوة الي كل اعضا من يحل بينهما الوطؤ
وهي زوجته وامته لان ما فوقها النظر من المسيس
والغشيان يباح له فالنظر اولي ولقوله تعالي والذين هم
لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
فانهم غير ملومين ولما في سنن الاربعة عن بهز
ابن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة
قلت يا رسول الله عوراتنا ما نأتي منها وما نذر
قال احفظ عورتك الا من زوجتك او ما ملكت
يمينك قال قلت يا رسول الله لو كان القوم بعضهم
في بعض قال ان استطعت ان لا يرينها احد فلا
يرينها قال قلت يا رسول الله اذا كان احدنا خاليا
قال الله احق ان يستحيي من الناس وحسنه الترمذي
ورواه الحاكم وصحح اسناده وفي معجم الطبراني بسنده
الي سعيد بن مسعود الكندي قال اتي عثمان ابن
ابن مظعون رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله اني استحيي ان يري اهلي عورتي
قال ولم وقد جعلك الله لهم وجعلهم الله لك قال
اكره ذلك قال فانهن يرونه مني واراه منهن قال
انت يا رسول الله قال انا قال فمن بعدك اذا يا رسول
الله فلما ادبر عثمان قال صلى الله عليه وسلم ان
ابن مظعون لحيي ستير واما حديث عائشة انه
ما راي فرجي ولا رايته فرجه كما رواه الترمذي في
الشمائل فلعله من حفظها بصرها وكان ابن عمر يقول
الاولي ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معني اللذة
وروي ابن عدي عن ابن عباس مرفوعا انه يورث

العمي وضعف واما قول صاحب الهداية لان ذلك
يغني النظر الي العذرة يورث النسيان لورود الاثر
فغير معروف ولفظ البخاري في كتابه المفرد في
الادب فاخرجت له اسماء جبة من طيالسة عليها
لبنة شبر من ديباج وان فرجيها مكفوفان به فقا لت
هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يلبسها للوفد والجمعة وروي عن عمر انه عليه السلام
نهي عن لبس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله
السبابة والوسطي وضمها رواه احمد والشيخان
وفي مغرب العلم الحرير المنسوج بالذهب ولبنة
الحرير والديباج وهي قطعة منهما يعمل في جيب
القميص او الجبة وما حل نظره حل مسه لتحقق الحاجة
الي ذلك في المخالطة مع قلة الشهوة في المحارم وهذا
في غير نظر المراة من الاجنبي ونظر الرجل من الاجنبية
حتي لا يجوز للرجل مس وجه الاجنبية ولا كفيها
ويجوز له مس ما ينظر اليه ولا يخلو بها ولا باس
بالمسافرة بها من محارمه الا اذا خاف عليها او على
نفسه الشهوة فانه حينئذ لا يمسها ولا ينظر اليها
ولا يخلو بها ولا باس بالمسافرة بها فان احتاجت الي
الاركاب والانزال ولم يمكنها الركوب بنفسها فلا باس
بان يمس من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها
دون ما تحتهما ان امن الشهوة وان خافها عليها
او علي نفسه او ظن او شك اجتنب ذلك بجهده
واما عبد المراة فكالاجنبي عندنا وجعل مالك
والشافعي نظره اليها كنظر الرجل الي ذوات محارمه

لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولا يجوز ان يحمل على الاماء
لانهن دخلن في قوله او نسايهن قلنا المراد بالنص
الاما للتاكيد والمبالغة لما في مصنف ابن ابي شيبة
عن سعيد ابن المسيب انه قال لا يغرنكم الاية انما
عني به والاماء ولم يعن به العبيد وعن الحسن
انه كره ان يدخل المملوك على مولاته بغير اذنها ولا
يكره الرتيمة وهي خيط يربط في الاصبع او الخاتم ليتذكر
به الحاجة لانه من عادة العرب قال الشاعر

شعر

اذا لم يكن حاجاتنا في نفوسكم • فليس بمغن عنك عقد الرتائم

وقد روى ابو يعلى الموصلي عن سالم بن عبد الاعلى
عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان اذا اشفق من الحاجة ان ينساها ربط في اصبعه
خيطا ليذكرها الا ان في سنده ضعفا ويجوز ان يعزل
عن امراته باذنها وعن امته بدونه اما الاول فلما في
سنن ابن ماجة عن عمر ابن الخطاب ان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عن ان يعزل عن الحرة الا باذنها
واما الثاني فلما في صحيح مسلم عن جابر قال جاء رجل من
الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ان لي جارية اطوف عليها وانا اكره ان تحمل فقال اعزل
ان شئت فانه سياتيها ما قدر لها فلبث الرجل
ثم اتاه فقال ان الجارية قد حملت قال قد اخبرتك انها
سياتيها ما قدر لها والاولى ان لا ينظر كل منهما الى عورة
صاحبه وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر الى فرج
امراته حال الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل اللذة قلت

ولا طي

والطبايع مختلفة **واذا احدث ملك امة** بشرا او
هبة او ارث او وصية او غيرها **ولو بكرا** او صغيرة
او مشرية ممن لا يطاها بان اشتراها من محرمها
او من امراة او من مال صبي **حرم وطيها ودواعيه**
من اللمس وغيره **حتى يستبري بحيضة بعد القبض**
في من تحيض وبشهر في ذات شهر لا باس او صغر
وبوضع الحمل في الحامل لما اخرجه ابو داود والحاكم وقال
صحيح على شرط مسلم عن ابي سعيد الخدري ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال في سبايا اوطاس
لا توطا حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض
حيضة وفي لفظ لابي داود لا يحل لامري يومن
بالله واليوم الاخر يسقي ماؤه زرع غيره ولا يحل
لامري يومن بالله واليوم الاخر ان يقع على امراة
من السبي حتى يستبريها وفي مصنف ابن ابي شيبة
عن علي رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان توطا الحامل حتى تضع او الحايل
حتى يستبريها بحيضة وحرم دواعي الوطي في
الظهار لانها قد يفضي اليه وما يفضي الى الحرام حرام
بحديث الراعي حول الحمى واما حل الدواعي في
الحيض والصوم فقد ينتهي الى شهر فيودي الى الحرج
كذا قالوه والاولى ان يقال انه استفيد من الاحاديث
الواردة فيهما **ورخص حيلة اسقاط** اي الاستبراء
ان علم عدم وطي بايعها في هذا الطهر اعلم ان ابا يوسف
رخص الحيلة وخالفه محمد وكرهه لان الفرار من
الاحكام الشرعية ليس من اخلاق المومنين فيكره

له اكتساب سبب الفراش ولابي يوسف ان هذا منع عن
وجوب الاستبراء ودفع لثبوته فلا يكره الحيلة في اسقاطه
كما لا يكره في اسقاط الربوا واخذ المشايخ بقول ابي
يوسف ان علم المشتري عدم وطي البائع لها في ذلك
الطهر وبقول محمد ان علم وطي البائع لها فيه وعن ابي
يوسف انه اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع
فليس عليه استبراء قلنا ان هذا حكمة الاستبراء
والحكم يتعلق بالعلة لا بالحكمة لبطونها تيسيرا للعباد
وهي اي الحيلة ان لم يكن تحته حرة ان ينكحها اي تزوجها
قبل الشراء ثم يشتريها كذا في الهداية وشرط بعضهم
ان يقبضها قبل الشراء وقبل تزوجها ويطيها
ثم يشتريها وان كانت تحته حرة ان ينكحها اي
يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض
لآخر يثق به او يشترط ان يكون امرها بيده ثم يشتري
المشتري ان كان الانكاح قبل الشراء او يقبض المشتري
ان كان بعد الشراء قبل القبض ثم يطلق ذلك الزوج
او من امرها بيده ومن الحيلة ان يشتريها ويقبضها
فيكاتبها ثم يفسخ العقد برضاها لان بعقد الكتابة
حرمت عليه ثم بعجزها صارت كالمطلقة قبل الدخول
وهذه سهل الوصول وما فعل بشهوة احدى دواعي
الوطي وهي القبلة والمس والنظر الى الفرج بامنية
حال كونهما لا يجتمعان نكاحا حرم عليه وطؤهما
بدواعيه حتى يحرم احديهما بتمليك كلها او بعضها
او بانكاحها نكاحا صحيحا او اعتاقها كلها او بعضها
لان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا الاطلاق

قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين لان المراد الجمع بينهما
وطيا وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطيا وعقدا
ولا يعارض هذا قوله تعالى الا ما ملكت ايمانكم لان
الترجيح للمحرم ولانه استثنا من المحصنات من
النساء والمراد بها المسبيات وكذا لا يجوز الجمع بينهما
في الدواعي لان النص مطلق فيتناولها ولان الداعي
الى الوطي بمنزلته في التحريم ويستحب لمن اراد بيع
امته الموطوءة ان يستبرئها لاحتمال ان يكون علقت
منه ولا يستبريها المشتري فيشتبه النسب واوجب
ذلك صونا لمائه وكره للرجل تقبيل الرجل في فمه او يده
او شيء منه ومعانقته في ازار واحد ولو بلا شهوة عند ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا باس بذلك عند عدم
الشهوة لما اخرجه الحاكم في المستدرك وقال اسناده
صحيح لا غبار عليه من حديث ابن عمر قال وجه
رسول الله صلى الله عليه وسلم جعفر بن ابي طالب
الى بلاد الحبشة فلما قدم منها اعتنقه النبي صلى
الله عليه وسلم وقبل بين عينيه فصار كالمصافحة
وتقبيل يد العالم والسلطان العادل للتبرك
اما المصافحة فلقوله عليه السلام ان المؤمن اذا لقي
المؤمن فسلم عليه واخذ بيده تناثرت خطاياهما
كما يتناثر ورق الشجر رواه الطبراني في معجمه
الاوسط وقوله عليه السلام ما من مسلمين يلتقيان
فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يفترقا رواه ابو داود
والترمذي واما قول صاحب الهداية عنه عليه
السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت

دنوا به فقوله حوك يده غير معروف واما التقبيل
فلقول ابن عمر كنا في سرية من سرايا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فدنونا من النبي صلى الله
عليه وسلم فقبلنا يده رواه ابو داود والترمذي
ولقول صفوان بن عسال ان قوما من اليهود قبلوا
يد النبي صلى الله عليه وسلم ورجله رواه الترمذي
وقال الحديث حسن صحيح واما ما قيل من ان حديث
معمر محمول على ما قبل التحريم فغير ظاهر
بل ينبغي ان يخص جواز المانعة للقادم من السفر
والله اعلم وروى الطحاوي انه عليه السلام
نهى عن المكاعمة وعن المكامعة وفي الجامع الصغير
ويكره ان يقبل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه
وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة
وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واما
اذا كان عليهما قميص او جبة فلا باس بالاجماع وهو
الذي اختاره ابو منصور الماتريدي ثم لا باس بتقبيل
يد العالم والسلطان العادل على سبيل التبرك
وكذا تقبيل يد الابوين والشيخ والرجل وما يفعله
الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فمكروه
وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي السلطان
او المشايخ فحرام والفاعل والراضي به اثم لانه يشبه
عبادة الاوثان وذكر صدر الشهيد انه لا يكفر بهذا
السجود لانه يريد به التحية فهم منه انه لو سجد
للتعظيم كفر كما صرح به السرخسي ولهما ما روى ابن

ابي

ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما من حديث عامر
الحجري قال سمعت ابا ركانة وفي نسخة صحيحة ان
ابا ريحانة صاحب النبي صلى الله عليه وسلم واسمه
شمعون بالمهملة او المعجمة قال كان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن مكامعة او مكاعمة المراة
المراة ليس بينهما شيء وعن مكامعة او مكاعمة الرجل
الرجل ليس بينهما شيء قال ابو عبيد القاسم ابن
سلام والمكاعمة ان يلثم الرجل فاه صاحبه والمكامعة
ان يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد وفي سنن
الترمذي عن انس قال رجل يا رسول الله الرجل
منا يلقى اخاه او صديقه اينحني له قال لا قال
افيلتزمه ويقبله قال لا قال فيأخذ بيده ويصافحه
قال نعم ويمكن الجمع بان نهي التقبيل محمول على تقبيل
الفم ونهي العناق على غير القادم او على ما اذا كان
بازار واحد اما الانحناء للسلطان او غيره فمكروه
ويحرم بتقبيل الارض بين يدي العالم او الشيخ
او السلطان للتحية واما السجود فحرام واختلف
في كونه كفرا **وكره بيع العذرة خالصة وصح بيعها
مخلوطة** بمنزلة زبل خالطه نجاسة **وجاز الانتفاع
بهذه** اي بالمخلوطة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها
العذرة وجرت بالمخلوطة وفي شروح الكنز والصحيح
عن ابي حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز
وصح بيع السرقين لانه ينتفع به ويدخر لوقت
الحاجة فانه يلقى في الارض لاستكثار الزرع وجاز
خصا البهائم لانه صلى الله عليه وسلم

لعص

ضحى بكبشين موجوين اي خصيين ولان لحمهما
يطيب به لا الادمي اي ولا يجوز خصاء الادمي
لانه مثلة به وهو حرام وجاز انزاء الحمير على الخيل
لان النبي صلى الله عليه وسلم ركب البغلة وهي
انزاء الحمير على الخيل ولو كان هذا الفعل حراما
لما ركبها لما فيه من فتح بابه كذا ذكروه وفيه
بحث اذ لا يلزم من ركوبها جواز الانزاء فنقول روى
ابو داود والنسائي عن علي قال اهديت لرسول
الله صلى الله عليه وسلم بغلة فركبها فقلت
لو حملنا الحمير على الخيل فكانت لنا مثل هذه
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما
يفعل ذلك الذين لا يعلمون ولعل علماؤنا حملوه
على كراهة التنزيه وجوزوه وجاز سفر الامة
وام الولد بلا محرم لان الاجانب مع الاماء فيهما يرجع
الى النظر والمس بمنزلة المحارم فكما يجوز للحرة
ان تسافر مع المحرم فكذا يجوز للامة ان تسافر
مع الاجنبي وام الولد امة لقيام الملك فيها وان
امتنع بيعها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة
وقد تقدم اختلاف المشايخ في اختيارهم وفي النهاية
معزيا الى شيخ الاسلام هذا في زمانهم لغلبة اهل
الصلاح واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد وصح
بيع العصير ممن يتخذه خمرا لعموم قوله تعالى
واحل الله البيع ولان المعصية لا تقام بعينه باقيا
على حالة بل بعد تغيره وصيرورته امرا اخر
ممتازا عن العصير بالاسم والخاصة بخلاف بيع

السلاح

السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقام بعينه
كذا ذكروه وينبغي ان يكون مكروها لكونه سببا
لتحصيل المعصية ولقوله تعالى وتعاونوا على
البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
ولذا منعه مالك والشافعي ويحرم على المسلم
اخذ دينه من ثمن خمر باعها مسلم لا ذمي لان بيع
المسلم الخمر باطل اذ لا قيمة للخمر في حق المسلمين
فلم ينعقد البيع واذا لم ينعقد لم يجب الثمن
فلم يملكه فلا يحل لرب الدين اخذه واما بيع
الذمي في الخمر فصحيح لانها مال في حقه فيملك
الثمن فيصح اخذه وكره استخدام الخصي لان
في استخدامه حثا على هذا الصنع الحرام وكره
اقراض بقال شيئا ياخذ منه ما شاء لانه اذا ملكه
الدراهم فقد اقرضه اياه وقد شرط ان ياخذ
منه ما يريد حالا فحالا وله في ذلك نفع فيصير
في معنى القرض الذي جر نفعا وهو منهي عنه
وان اودعه اياه ثم اخذ منه ما شاء مفرقا لا يكره
وكره اللعب بالنرد اجماعا والشطرنج وفيه خلاف
يأتي وكره الغنا وهي ممدودة يعني التغني بالانغام
الموسيقية ونحوها وكل لهو اي لعب يشغل عن
الفرض اما النرد فلما اخرجه احمد ومسلم وابو
داود عن سليمان بن بريدة عن ابيه عن بريدة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
لعب بالنردشير فكانما صبغ يده في لحم خنزير
ودمه وليس فيه ذكر الشطرنج الذي ذكره في

الصحابة وروي مالك واحمد وابن ماجة بلفظ من
لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله واما الشطرنج
فلما اخرجه العقيلي في ضعفائه عن ابي هريرة
قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوم يلعبون
بالشطرنج فقال ما هذه الكوبة الحرانه عنها لعن
الله من يلعب بها والكوبة النرد ولما رواه ابن حبان
في ضعفائه وعن واثلة بن الاسقع عن النبي صلى
الله عليه وسلم قال ان الله عز وجل في كل يوم ثلثماية
وستين نظرة لا ينظر فيها الى صاحب الشاة
يعني الشطرنج واما الغنا فلقوله تعالى ومن الناس
من يشتري لهو الحديث وفسر بالغناء وقد
كتبت في هذه المسالة رسالة مستقلة واستعمال
الملاهي محرمة بالاتفاق وطبل الغزاة والدف
في العرس مستثناة للاذن فيهما شرعا وسئل
ابو يوسف ايكره الدف في غير العرس يضربه
المراة للصبي في غير فسق قال لا فاما الذي يجي
منه الفاحش كالدفاف في اكرهه واما اللهو
فلما اخرجه الحاكم في المستدرك وقال حديث
صحيح على شرط مسلم عن ابي هريرة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال كل شي من لهو الدنيا
باطل الا ثلاثة انتضالك بقوسك وتاديبك
فرسك وملاعبتك اهلك فانهن من الحق وفيه
دلالة على ان الشطرنج لعب باطل مما يدل عليه
صيغة الحصر في لهو الحق واباح الشافعي اللعب
بالشطرنج اذا لم يكن قمار ولا اخلال لشي من

الواجبات اذ فيه تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام
قال سهل ابن محمد الصعلوكي رئيس اصحاب الشافعي
اذا سلمت اليد من الخسران والصلوة من النسيان
واللسان من الهذيان فهو ادب بين الخلان ولو
اكثر منه ردت شهادته وفي المجتبى قول الشافعي
رواية عن ابي يوسف ولنا انه لهو يصد صاحبه عن
ذكر الله وعن الصلاة غالبا فيكون حراما كالخمر
والميسر ولانه في معنى النرد والاربعة عشر ثم ان
قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر به وكان سرا ولا
ولم يصده ذلك عن الصلاة لا يسقط ولم ير ابو حنيفة
بالسلام عليهم باسا ليشغلهم عما هم فيه وكره تحقيرا
لهم ويؤيدهما ما روي ان عليا رضي الله عنه مر
بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم فقيل له في
ذلك قال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنامهم
ذكره العيني **و**كره كراهة تحريم **احتكار قوة البشر**
والبهائم كالحنطة والشعير والتبن **في بلد يضر باهله**
لما اخرجه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوي ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر الا خاطي اي مذنب
واخرج ابن ماجة في سننه وابو يعلى الموصلي في مسنده
عن عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون اما
لو لم يضر بهم بان كان المصر كبيرا لا يكره لانه حابس
ملكه من غير اضرار غيره وقال ابو يوسف كل ما اضر
بالعامة فهو احتكار ولو كان ثيابا او دنانيرا ودراهم
ثم اذا قصرت المدة لا يكون حبسا لقوت احتكار القدم

الضرر بخلاف ما اذا طال لتحققه وحد المدة
الطويلة اربعون يوما لما اخرجه احمد وابن ابي
شيبة والبزار والحاكم في المستدرك عن ابن عمر
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من احتكر
طعاما اربعين ليلة فقد بري من الله وبري الله
منه وايما اهل عرصة بات فيهم امرء جايع فقد بريت
منهم ذمة الله وقيل المدة المضروبة للمعاقبة في الدنيا
بان امره القاضي ببيع ما فضل عن قوته وقوت
اهله سنة فان لم يفعل يعزر ويبيع القاضي بنفسه
عندهم هو الصحيح واما الاثم فيحصل وان قصرت
لا غلة ارضه اي لا يكره احتكار الشخص غلة ارضه
ينبغي ان يقيد بما لم يزد على نفقة سنة **ولا مجلوبه**
من بلد اخر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يكره ان يحبس ما جلبه من بلد اخر لاطلاق ما روينا
وكره تسعير الحاكم لما اخرجه ابو داود وابن ماجه والترمذي
وقال حديث حسن صحيح من حديث انس قال
قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هو المسعر
القابض الباسط الرازق واني لارجو ان القى الله
وليس احد منكم يطالبني بمظلمة من دم ولا مال
ولان الثمن حق الملاك فلا ينبغي للامام ان يتعرض
عليهم في حقهم **الا اذا تعدى الارباب** اي ارباب السلع
عن القيمة تعديا **فاحشا** بان باعوا بضعف القيمة
وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين
الا بالتسعير فانه يسعر لما فيه من دفع الضرر

الطعام

الطعام ولكن بمشورة اهل الراي ثم اذا اسعر الحاكم وباع
رجل باكثر مما سعر به جاز عند ابي حنيفة مطلقا
لانه لا يرى الحجر على الحر وفي ابطال بيعه نوع حجر عليه
وعندهما يجوز اذا لم يكن التسعير على قوم بعينهم
لانه لا يكون حجرا بل فتوى فانهما لا يريان الحجر
على مجهولين ومن باع بما سعره الامام صح لانه غير
مكره على البيع كذا في الهداية وفي المحيط وشرح
المختار ان البايع اذا كان يخاف اذا نقص ان يضربه
الامام لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره
والحيلة ان يقول المشتري له بعني بما تحب وباي
شي باعه يحل ولو خاف الامام على اهل مصره
الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا
وجدوا ردوا امثاله وليس هذا من الحجر بل من دفع
الضرر كما في حال المخمصة وكذا يحرم تلقي الجلب
في بلد يضر باهله لقوله عليه السلام لا تتلقوا
الركبان ولا يبع حاضر لباد رواه الشيخان وفي لفظ
لمسلم لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشتراه فاتى
سيده السوق فهو بالخيار **وقبل قول فرد كيف**
ما كان اي عدلا كان او فاسقا مسلما كان او كافرا
حرا كان او عبدا ذكرا كان او انثى **في المعاملات**
كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات
لانه يكثر وجودها بين الناس والعدل عزيز
الوجود فلو شرط فيها امر زايد لادى الى الحرج
فان قال كافر شريت اللحم من مسلم او كتابي حل
اكله وان قال **من مجوسي حرم** بخلاف ما اذا قال

هذا حلال او حرام فانه لا يقبل قوله وشرط العدل
في الديانات كالخبر عن نجاسة الماء وعن حل الطعام
وحرمته فانه لا يكثر وقوعها كثرة وقوع المعاملات
فيشترط فيها الاسلام والعدالة ففي المخبر العدل
بنجاسة الماء لا يتوضا به لعدم التهمة وفي الكافر
يتوضا به للتهمة وفي الفاسق والمستور تحري فان كان
اكبر رايه انه صادق يتيمم ولم يتوضا به ويتيمم لترجح
جانب الكذب بالتحري والاحوط ان يريق الماء ثم يتيمم
وان كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ويتيمم لترجح
جانب الكذب بالتحري ولو اخبرها ثقة انه زوجها
الغايب مات او طلقها ثلاثا او اخبرها غير ثقة
ومعه كتاب بطلاقها ولم تدر انه منه الا انها تحرت
فترجح عندها صدقه جاز الاعتداد والتزوج ولو اخبرها
ان اصل نكاحها كان فاسدا او زوجها كان اخاها من
الرضاع لم يسعها ان تتزوج بقوله وان كان ثقة
لان في هذا الفصل اخبرها بخبر مستنكر وقد الزمها
الحكم بخلافه وفي الاول اخبرها بخبر محتمل وهو امر
بينها وبين ربها فلها ان يعتمد ذلك الخبر وتتزوج
ويقبل قول الصبي والقن في الهدية والاذن له
في التجارة لان الهدايا تبعث على يد هولاء عادة
فلو لم يقبل قولهم لادى الى الحرج والعبد يحتاج
في الاسواق والامصار المتباعدة ولا يمكنه استحضار
الشهود الى تلك المواضع فلو لم يقبل في الاذن لحرج
الناس في المعاملة مع العبيد ومما ينبغي ان يلحق بهذا
الكتاب مسايل شتى مما يناسب هذا الباب فقد

قال

قال علماؤنا لا باس بتعشير المصحف ونقطه وشكله
في زماننا واصل الرواية انه يكره التعشير والتنقيط في
المصحف لقول ابن مسعود جردوا القران لا يلحقوا
به ما ليس منه رواه ابن ابي شيبة وله معنيان احدهما
جردوه في التلاوة ولا تخلطوا به غيره وثانيهما جردوه
في الخط من التعشير والنقط ثم في زماننا لا بد للعجم
للناس من الدلالة فبالتعشير تحفظ الاية وبالنقط
تحفظ التصحيف وبالشكل يحفظ الاعراب فيكون
مستحسنة وقد صح عن ابن مسعود ما رواه
المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ويجوز تحليته لما
فيها من تعظيمه وكذا نقش المسجد وتزيينه بماء
الذهب ونحوه لكن من غلة وقفه حتى لو فعل منها
ضمن ثم هو قربة في الاصح لما فيه من تعظيم بيت الله
والظاهر قوله انما يعمر مساجد الله من امن بالله
وقيل مكروه لانه من الامور المبتدعة ويكره في المسجد
عمل الدنيا كخياطة وكتابة باجرة لما ورد ان المساجد
انما بنيت للصلاة الا لضرورة بان لم يجد مكانا
غيره وكان قوته من صنعه ولا يكره عندنا دخول
الذمي المسجد الحرام وكرهه للشافعي لقوله تعالى
انما المشركون نجس فلا تقربوا المسجد الحرام بعد
عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة واجيب بانه
محمول على منعهم ان يدخلوه طايفين عراة
ومستولين وعلى اهل الاسلام مستعلين وبان النجا سة
محمولة على خبث عقايدهم وكره مالك في كل مسجد
اعتبارا بالمسجد الحرام لعموم العلة وهي النجاسة

ولنا ما في سنن ابي داود عن عثمان ابن ابي العاص
ان وفد ثقيف لما قدموا على النبي صلى الله عليه
وسلم انزلهم المسجد ليكون ارق لقلوبهم فاشترطوا
عليه ان لا يحشروا ولا يعشروا ولا يجبوا فقال صلى
الله عليه وسلم ان لا تحشروا ولا تعشروا ولا خير في
دين ليس فيه ركوع والتجبية بالجيم والموحدة وضع
اليدين على الركبتين وفي مراسيله عن الحسن ان وفد
ثقيف اتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فضربوا
لهم قبة في مؤخر المسجد لينظروا الى صلاة المسلمين
فقيل له يا رسول الله اتنزلهم في المسجد وهم مشركون
قال ان الارض لا ينجسها ابن ادم ويحرم بيع اراضي مكة
عند ابي حنيفة خلافا لهما ولا يحرم بيع ابنيتها اتفاقا
لان البنا ملك لمن بناه الا ترى ان لو بنى في المستاجر او في
الوقف صار البنا له وجاز له بيعه ولا يكره عيادة الذمي
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين
ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم ولما في صحيح البخاري
عن انس قال كان غلام يخدم رسول الله صلى الله
عليه وسلم فمرض فاتاه النبي صلى الله عليه وسلم
يعوده فقعد عند راسه فقال له اسلم فنظر الى ابيه
وهو عنده فقال اطع ابا القاسم فاسلم فخرج النبي
صلى الله عليه وسلم وهو يقول الحمد لله الذي
انقذه من النار واختلفوا في عيادة الفاسق والمبتدع
والاصح انه لا باس بهذا انه مسلم قيل ويحرم قوله في الدعا
اسالك بمعقد العز من عرشك وقد روي بتقديم
القاف على العين فلا يجوز اتفاقا لاستحالة معناه على

الله

الله سبحانه وتعالى وروي بعكسه فكذا يحرم لانه يوهم
تعلق العز بالعرش والعرش حادث وما يتعلق
به يكون حادثا والله سبحانه متعال عن تعلق عزه بالحا دث
فان عزه قديم كذاته وسائر صفاته وعن ابي يوسف انه لا
باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث قيل ويحرم ان يقول
في دعائه بحق فلان نبيا كان او وليا او بحق البيت او
المشعر الحرام لانه لا حق للخلق على الله لكن قد يقال
انه لا حق لهم وجوبا من اصله لكن الله سبحانه جعل
لهم حقا فضلا او يراد بالحق الحرمة والعظمة فيكون
من باب الوسيلة وقد قال تعالى وابتغوا اليه الوسيلة
وقد عد من اداب الدعا التوسل بالانبيا والاوليا
على ما في الحصين وجا في رواية اللهم اني اسالك
بحق السايلين عليك وبحق ممشاي اليك فاني لم اخرج
طعام ع اشرا ولا بطرا الحديث ولا يكره قبول هدية العبد
التاجر لما روي من طرق في قصة اسلام سلمان ان النبي
صلى الله عليه وسلم قبل هديته والاكل منها بخلاف
هديته النقدين والثياب على يده لعدم ورود نص
وعرف ذلك فيبقى على اصل القياس في المنع ويكره
الراية في عنق العبد وهي طوق من حديد مسمر بمسمار
عظيم يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة
لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بها ولا يكره قيده
وهو سنة المسلمين في السفها واهل الدعارة فلا
فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله وحل
الحقنة للتداوي لما في سنن الاربعة عن اسامة
ابن شريك قال اتيت النبي صلى الله عليه وسلم

واصحابه كانما على رؤسهم الطير فسلمت ثم قعدت فجاء
الاعراب من ههنا ومن ههنا فقالوا يا رسول الله
انتداوى فقال تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع
له دواء غير الهرم ولفظ احمد في مسنده فان الله لم
ينزل داء الا انزل له دواء الا الموت قالوا يا رسول الله
فما افضل ما اعطي العبد قال خلق حسن ولا يجوز
استعمال المحرم في الحقنة وغيرها كالخمر ونحوها لان
التداوي بالمحرم حرام ثم التداوي بالحلال جائز فمن
ترك المعالجة فمات لم يمت عاصيا لانه ليس منكرا ان
يتيقن في ترك المعالجة اهلاك النفس اذ ربما يصح
من غير معالجة وربما لا ينفعه المعالجة ويجب على راي
منكرا ان ينهى عنه ان قدر عليه ولو يفعل مثله
لانه يجب عليه ترك المنكر والنهي عنه فاذا ترك احدهما
لا يسقط عنه الاخر وينهى الامام من اظهر الفسق في داره
فان لم يكف حبسه او ضربه سياطا او ازعجه منها ردعا
له وزجرا عن ارتكاب الفواحش ويحرم على المغني
والنائحة اخذ المال المشروط على الغنا والنوح لانه اجر
على معصية بخلاف غير المشروط فانه تبرع لكنه يكره لانه
وسيلة الى فعله ولا باس بدخول الحمام للرجل والمراة
اذا اتزر وغض البصر لقوله عليه السلام انها ستفتح
لكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات
فلا يدخلنها الرجال الا بالازر وامنعوها النساء الا مريضة
او نفساء رواه ابو داود وغيره وكره غمس الاعضاء
في الحمام لانه فعل المترفين الا لتعب ونحوه من الاوجاع
فان فيه منفعة وتخفيفا وكره الجلوس على القبور

لقوله

لقوله عليه السلام لا تجلسوا على القبور ولا تصلوا اليها
وقوله لان يجلس احدكم على جمرة فتحرق ثيابه حتى
تخلص الى جلده خير له من ان يجلس على قبره ويكره
الاشارة الى الهلال عند رؤيته لان من عادة
الجاهلية كانوا يفعلونه تعظيما له اما اذا اشار اليه
ليريه صاحبه فلا باس به ولا باس باسقاط حمل لم
يستبن شيء من خلقه لانه مضغة بعد ولا حكم لها الا انه
مكروه لغير ضرورة ويقطع حمل ميت اعترض في
بطن حامل يخيف عليها الموت منه اذا لم يخرج الا به
لانه ليس للميت حرمة بالنسبة الى الحي واما اذا اعترض
الولد في بطن الحامل وقت الولادة وصعب على الحامل
ولم يمكن اخراجه الولد الا بقطعه بان تدخل القابلة
يدها الى داخل الفرج فتقطعه بالة ونحوها لان
موتها موهوم فبامر من موهوم لا يجوز اتلاف ادمي حي
محقق ويشق من جانب الايسر بطن من ماتت
فاضطرب الولد فيه وعلمت حياته ولو بغلبة الظن
لما قدمنا وقد فعل ابو حنيفة ذلك وعاش الولد
وكذا يشق بطن من ابتلع درة غيره ومات مفلسا
لان حق صاحب الدرة مقدم على احترام بطن من
مات جانيا وقيل لا يشق لامكان الوصول اليه بعد
تفسخه ودفع بانه يلزم تاخير حقه وقد لا يصل
اليه ولو دفنت الحامل وقد اتى على الولد سبعة
اشهر وكان يتحرك في بطنها فرويت في المنام انها تقول
ولدت لا ينبش لان الظاهر موته ذكره العيني ولا
باس بثقب اذن الصغيرة لانه للزينة فصار كالختان

ويجوز الفصادة والحجامة عند الحاجة وربما يجب لما صح
ان النبي صلى الله عليه وسلم احتجم والفصادة مثلها
ولانهما للتداوي وهو مأذون فيه شرعا ويجب على كل
مكلف تعلم ما يحتاج اليه لاقامة الفرائض والواجبات
ولمعرفة العقد الصحيح من غيره في المعاملات والحلا ل
من الحرام من المأكولات والمشروبات لقوله عليه
عليه السلام طلب العلم فريضة على كل مسلم وواضع
العلم عند غير اهله كمقلد الخنازير الجوهر واللؤلؤ
والذهب رواه ابن ماجة وقوله تعلموا الفرائض والقرآن
وعلموا الناس فاني مقبوض رواه الترمذي ويكره
تعلمه للمباهات والمماراة وطلب المال والجاه لقوله
عليه السلام من طلب العلم ليجاري به العلماء او ليماري
به السفهاء او يصرف به وجوه الناس اليه ادخله الله
النار رواه الترمذي وابن ماجة ولقوله عليه السلام
من تعلم علما مما يبتغي به وجه الله لا يتعلمه الا ليصيب
به عرضا من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيامة
يعني ريحها رواه ابو داود وقد ورد ان ريحها يشم
قدر خمسمائة عام ويجب على العالم التعليم الى حد
التفهيم لقوله عليه السلام من سئل عن علم علمه
ثم كتمه الجم يوم القيامة بلجام من نار رواه الترمذي
وانما يلزمه التفهيم لانه بدونه لا يوجد التعليم ويندب
تعلم علم يكون وسيلة الى معرفة الكتاب والسنة
ويباح علم لا يضر ولا ينفع كالتواريخ والاشعار والانساب
ويحرم علم السحر والمنطق والكلام والهيئة والنجوم
الا قدر ما يعرف به الوقت والقبلة ويجب الكسب

من

من الحلال بقدر كفاية نفسه وعياله وقضاء دينه
لقوله تعالى انفقوا من طيبات ما كسبتم اي بالتجارة
ومما اخرجنا لكم من الارض بالزراعة ولقوله عليه
السلام ان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من
كسبكم رواه ابن ماجة ولقوله صلى الله عليه
وسلم طلب كسب الحلال فريضة بعد الفريضة رواه
البيهقي في شعب الايمان ولقوله عليه السلام
ان اعظم الذنوب عند الله ان يلقاه بها عبد بعد
الكبائر التي نهى الله عنها ان يموت رجل وعليه
دين لا يدع له قضاء رواه ابو داود ويستحب الزيادة
لمواساة الفقراء ومجازاة الاقرباء فانه افضل من
التخلي للعبادة لكون منفعته متعدية ولقوله
عليه السلام الساعي على الارملة والمساكين كالمجاهد
في سبيل الله وكالذي يقوم الليل ويصوم النهار رواه
ابن ماجة وفي رواية له الصدقة على المسكين صدقة
وعلى ذي القرابة اثنتان صلة وصدقة ويباح للتجمل
والتنعم حتى يبني البنيان ويغشي الحيطان ويشتري
السراري والغلمان لقوله تعالى قل من حرم زينة
الله التي اخرج لعباده والطيبات من الرزق ولقوله
عليه السلام نعم المال الصالح للرجل الصالح ويكره للتفاخر
والتكاثر ولو كان من حل لقوله تعالى الهاكم التكاثر
حتى زرتم المقابر ولقوله عليه السلام التجار يحشرون
فجارا الا من اتقى وبر وصدق رواه الترمذي وغيره
وقال حديث حسن صحيح ويفضل كسب الجهاد لما
ورد في فضله من الكتاب والسنة ولان فيه اعلاء كلمة الله

فمدار الكسب فضلها التجارة لقوله عليه السلام التاجر
الصدوق الامين مع النبيين والصديقين والشهداء
والصالحين رواه الترمذي والدارقطني وابن ماجة ثم
الزراعة لقوله عليه السلام ما من مسلم يغرس غرسا
او يزرع زرعا فيأكل منه طير او انسان او بهيمة الا كان
له به صدقة رواه البخاري ومنهم من فضل الزراعة
على التجارة لانها اعم نفعا وعندي ان الكتابة افضل منهما
لاشتمالها على العلم والنفع المتعدي والصدقة الجارية
ثم الصناعة لقوله عليه السلام ما اكل احد طعاما
قط خيرا من ان يأكل من عمل يده وان نبي الله داود
كان يأكل من عمل يده رواه البخاري ويلزم العاجز عن
الكسب سؤاله من الناس فانه كسب مثله فان عجز
عن السؤال واشتد جوعه وجب على من علم به ان
يطعمه او يدل عليه من يطعمه لما روينا من قوله عليه
السلام وايما اهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع فقد برئت
منهم ذمة الله اخرجه احمد وغيره عن ابن عمر مرفوعا
ويكره اعطاء السائل في المسجد الا اذا لم يتخط رقاب
الناس ولم يمش بين يدي المصلين في القول المختار لما
روي انهم كانوا يسألون في المسجد على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم حتى روي ان عليا تصدق بخاتمه
في الصلاة فمدحه الله تعالى انما وليكم الله ورسوله
والذين امنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة
وهم راكعون واما اذا تخطى رقابهم او تعدى امامهم
فكره لانه اعانة على اذى الناس حتى قيل فلس يكفره
سبعون فلسا ثم اعلم انه يحرم التسبيح والتكبير

والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم على عمل محرم كما
اذا سبح او كبر او هلل او صلى على النبي عليه السلام
في مجلس الفسق واللهو فهو حرام يأثم فيه وكذلك التاجر
اذا فتح متاعه لمشتريه وسبح او صلى على النبي واراد
بذلك اعلام المشتري جودة متاعه وكذا الفقاعي
بقوله عند فتح كوز الفقاع لا اله الا الله او يقول
صلى على النبي ونحوه ذلك لانه يأخذ ثمنا ويرغب
المشترين هنالك كذا في شرح تحفة الملوك للعيني
ومن هنا يفهم ان بالاولى يحرم ذكر الله او النبي عليه
السلام مع الرباب كما هو شان الاعراب او مع الزمارة
كما هو شعار التجارة من شحاذ اهل اليمن في السوق
وابواب ارباب التجارة ثم ماك ويجب منع الصوفية
الذين يدعون الوجد والمحبة عن رفع الصوت
وتمزيق الثياب عند سماع الغناء مع ان ذلك حرام
عند سماع القران البدع واشتهرت فيه طائفة تحلوا
بحلية العلماء وتزيوا بزي الصلحاء والحال ان قلوبهم
مملية من الشهوات الكاسدة والاهواء الفاسدة فالعجب
منهم انهم يدعون محبة الله ويخالفون سنة رسوله
يصفقون بايديهم ويضربون بارجلهم ويصفقون
بافواههم وينظرون ما ليس في قلوبهم ويتحركون
بحركات مختلفة في ابدانهم والارباد تنزل من اشداقهم
حيث ان الجهال والحمقى من العامة يعتقدونهم ويلازمونهم
ويقصدونهم ويعطونهم وينسبون انفسهم اليهم
وينفقون عليهم اعاذنا الله من شرهم وشر امثالهم
ولا يحل قبول هدية امراء الجور وسائر الظلمة الا اذا علم

فكيف بغير الغنا الذي هو حرام خصوصا
اذا [illegible] ارباب [illegible] في الفسق [illegible]
سنة ١٢٣٤

ان اكثر مالهم حلال بان كان صاحب تجارة او زراعة
فلا باس به لان اموال الناس لا يخلوا عن قليل حرام
فالمعتبر الغالب وكذا طعامهم وهذا بالنسبة الى الاغنيا
واما الفقرا فله ان ياخذ وامن اموال الامرا لان غالب
اموالهم بيت المال الى الاغنيا ومصرفه الفقرا ولهذا
طريق الفتوى والاحوط امتناعه للتقوى في تحفة
الملوك رجل يتردد الى الظلمة ليدفع شرهم عنه فان
كان متفتيا او يقتدي به لا يحل له ذلك لان دفع شرهم
عنه ثم ممكن بغير التردد لان فيه اهانة للعلم واهله
وان كان غير مقتدي فلا باس بتردده اليهم لدفع
شرهم عنه فلا كلام واما اذا تردد لاجل ان يصيب
منهم فلا يجوز لقوله عليه السلام ان اناسا من امتي
يتفقهون في الدين ويقرؤن القران ويقولون
ناتي الامراء فنصيب من دنياهم ونعتزلهم بديننا
ولا يكون ذلك كما لا يجتنى من القتاد الا الشوك
كذلك لا يجتنى من قربهم الا الخطايا رواه ابن ماجة
والقتاد بفتح القاف والتاء ثالث الحروف ضرب
من العضاة وهي جمع عضة وهي شجر من شجر الشوك
ليس فيه غير الشوك وكان ابن عباس وابن عمر
يقبلان هدية المختار وكان ابوذر وابو الدرداء
لا يجوزان ذلك حتى روي ان اميرا اهدى الى ابي ذر
مائة دينار فقال هل اهدى لكل مسلم مثل هذا
فقيل لا فردها وقال كلا انها لظى نزاعة للشوى ولا
يبعد ان يحمل اخذ ابن عباس وعمر على نية تفريقه
على الفقرا وانهم يعلمون انهم لو لم ياخذوه لا عطي

الاغنيا او لم يعط لاحد شيء من الاشيا فلا اخذهم وجه
وجيه وان كان الامتناع عن اخذهم اوجه لانه ابعد من
الريبة واشد على الظالم في مقام الاهانة ويسن
قص الشارب وتقليم الاظفار ونتف الابط وحلق
العانة فانها من الفطرة وسنن الخليل عليه السلام
الوارد فيها قوله تعالى واذ ابتلى ابراهيم ربه بكلمات
فاتمهن وقد فعلها نبينا صلى الله عليه وسلم وامر
بها وفي حديث قص الظفر ونتف الابط وحلق
العانة يوم الخميس والغسل والطيب واللباس
يوم الجمعة رواه الديلمي عن علي قال الطحاوي في
شرح الاثار قص الشارب حسن وهو ان ياخذ
منه حتى ينتقص عن الطرف الاعلى من الشفة
العليا واجاز بعضهم حلقه عليه السلام لم يحفظ عنه
انه احفوا الشارب واعفوا اللحى وفسر الاحفاء
بالاستيصال ودفع بانه ورد قصوا الشارب واعفوا
اللحى كما رواه احمد عن ابي هريرة رضي الله عنه
وهو مفسر للاحفا ولانه عليه السلام لم يحفظ عنه
انه حلق شاربه بل قد ورد قصوا الشوارب مع
الشفاه رواه الطبراني عن الحكم بن عمير وحسن
ترك قبضة مع بقاء اظفاره في الجهاد ليكون اهيب
في عين العدو والاظفار سلاح عند الاحتياج اليه
وسن الختان للرجال وهو من الفطرة وهو مكرمة
للنساء لحصول الكرامة لهن به عند ازواجهن
وقدر وقته سبع سنين وهو مختار ابي الليث او تسع
او عشر وقيل بما يطاق المداواة بالبلوغ ويترك لو ولد

شبيها بالمخنوث او اسلم كبيرا او اخيف عليه منه وان
تركه اهل بلد قوتلوا عليه لانه من شعائر الاسلام ه
فصار كالاذان ويجوز المسابقة بالخيل والبغال والحمير
والابل والاقدام والرمي بالنبل والاصل فيه حديث
ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا سبق
الا في خف او نصل او حافر رواه احمد والاربعة والمراد
بالخف الابل وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل
والحمار قال الخطابي الرواية الصحيحة فتح الموحدة
وهو ما يجعل من المال رهنا على المسابقة وبالسكون
مصدر سبقته اسبقه وعن ابي هريرة ايضا قال
كانت المسابقة بين اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم في الخيل والركاب والارجل وجعل
الجعل من احد الجانبين بان يقول احدهما لصاحبه
ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء لي او من
شخص ثالث لا سبقهما بان يقول من سبق
منكما فيت اليه دينارا وحرم الجعل من الجانبين
لانه يصير قمارا الا ان يوجد محلل بينهما ويكون
فرسه كفوا لفرسيهما ويشترط انه ان سبقهما
اخذ منهما الجعل وان سبقاه لا شيء لهما عليه
لخروجه حينئذ عن القمار ويلحق بالمسابقة
بجعل طالبان اختلفا في مسالة ورجعا الى الشيخ
ليفصل بينهما فيها لانه لما جاز في الافراس لمعنى
يرجع الى الجهاد يجوز هنا للحث على الاجتهاد
في طلب العلم لان الدين كما يقوم بالجهاد يقوم بالعلم
والاجتهاد ثم رمي السهم له فضائل كثيرة لقوله

تعالى

تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ورد تفسيرها عنه
عليه السلام الا ان القوة الرمي ثلاث مرات وقد ورد
ان الله ليدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه
يحتسب في صنعته الخير والرامي به والممد به رواه ابن
ماجه وفي رواية له من رمى العدو بسهم فبلغ سهمه
العدو اصاب او اخطا فعدل رقبة وفي رواية له ايضا
من تعلم الرمي ثم تركه فقد عصى واما الجوز الذي
يلعب الصبيان يوم العيد فيؤكل لان ابن عمر كان
يشتري الجوز لصبيان وهم يلعبون به ثم يأكله
منهم كذا ذكره العيني ثم قال اذا لم يقامر وانتهى وهذا
صورته ليس فيه قمار متعارف كما لا يخفى والا فلا
يحل له من البالغين فكيف من الصبيان مع كونه
اكثرهم غير مالكين وكذا حكم البيض الذي يلعبون
به في العيد وغيره ويضرب الدابة على النفار دون
العثار لان العثار يكون من سوء امساك الراكب
اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدب
عليه ولما في كامل ابن عدي عن ابن عمر ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال اضربوا الدواب على
النفار ولا تضربوها على العثار وركض الدابة
ونخسها كما يفعله الدلالون مكروه وكذا اذا كان
بطريق اللهو لانه تعذيب للحيوان بلا غرض صحيح
بخلاف الفرار من العدو والكرار عليه ويستحب القيلولة
لمباشرة الحر لانه وقت استنشار الشياطين وقد ورد
قيلوا فان الشياطين لا يقيل ويحرم لبس الاحمر
والمعصفر لما في سنن ابي داود والترمذي عن عبد

الله بن عمرو بن العاص قال مر رجل وعليه ثوبان احمران
فسلم على النبي صلى الله عليه وسلم فلم يرد عليه السلام
وفي سنن ابي داود عنه ايضا قال رأى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وعلي ثوب مصبوغ بعصفر
موردا فقال ما هذا فعرفت ما كره فانطلقت فاحرقته
فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما صنعت بثوبك
قلت احرقته قال افلا كسوته بعض اهلك فانه
لا باس به للنساء وفي صحيح مسلم عنه ايضا قال رأى
رسول الله صلى الله عليه وسلم علي ثوبين
معصفرين فقال ان هذه ثياب الكفار فلا تلبسها
وفي رواية قلت اغسلهما قال بل احرقهما وهذا
مبالغة في النهي لما تقدم وروى ابو داود والترمذي
عن علي انه عليه السلام نهى عن لبس المعصفر
واما لبس الاخضر فمستحب لقول ابي رمثة رأيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه ثوبان
اخضران اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي ه
وللنسائي وعليه بردان اخضران وندب لبس
البياض او السواد لقوله عليه السلام ان احسن
ما زرتم الله في قبوركم ومساجدكم البياض رواه ابن
ماجة وفي رواية للترمذي والنسائي البسوا من ثيابكم
البياض فانها اطهر واطيب وكفنوا فيها امواتكم
واما لبس السواد فجائز لقول سعيد بن ابي وقاص
رأيت رجلا على بغلة بيضاء على رأسه عمامة سوداء
فقال كسانيها عليه السلام رواه ابو داود وقال
عمرو بن امية كاني انظر الساعة الى رسول الله صلى

الله

الله عليه وسلم على المنبر وعليه عمامة سوداء قد ارخى
طرفها بين كتفيه اخرجه النسائي وابن ماجة وقد دخل
النبي صلى الله عليه وسلم مكة يوم الفتح وهو متعمم
بعمامة سوداء رواه الترمذي في شمايله ولا ينبغي
ان يظاهر بين جبتين او اكثر في الشتاء اذا اكتفى
بدون ذلك لانه فعل المحتاجين وطريق المتجبرين
من المتكبرين وندب ارسال العمامة بين الكتفين
قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع
الجلوس والاصل فيه قوله عليه السلام عليكم
بالعمايم فانها سيما الملايكة وارخوها خلف ظهوركم
رواه البيهقي في شعب الايمان وقوله عليه السلام
فرق ما بيننا وبين المشركين العمايم على القلانس
رواه الترمذي وقول ابن عمر كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا اعتم سدل عمامته بين كتفيه رواه ه
الترمذي وقال حديث حسن غريب وعن عبد
الرحمن بن عوف قال عممني رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسدلها بين يدي ومن خلفي رواه ابو
داود ويكره الترجيع بقراءة القران واستماعه لانه
تشبه بفعل الفسقة وقيل لا باس به اذا لم يخرج
الحرف عن حده والمد عن قدر مده لما ورد زينوا القران
باصواتكم رواه احمد وجماعة وصححه الحاكم عن البراء
وزاد الحاكم في رواية عنه فان الصوت الحسن يزيد
القران حسنا وفي رواية زينوا اصواتكم بالقران
وكره رفع الصوت عند قراة القران وعند الجنازة
وحين الزحف على العدو وحين الوعظ لانه يذهب

الهيبة والخشوع ويحرم قيام التالي للقران وكذا
الراوي للحديث للداخل عليه لانه نوع اهانة
له باعراضه عنه وانما لسعلي من ليس عليه
حق الا لاستاذه الذي علمه او لابيه لما لهما عليه
من حق الاكرام وزيادة الاحترام والقراءة عند المقبور
مكروهة عند ابي حنيفة وتجوز عند محمد لقوله
عليه السلام اقروا يس علي موتاكم رواه ابو داود
ويحرم الغيبة والنميمة والكذب الا الخديعة في
الحرب لقوله عليه السلام الحرب خدعة وللصلح
بين اثنين ولا رضا اهله لانه من باب من اصلاح
ذات البين قال تعالى لا خير في كثير من نجواهم
الا من امر بصدقة او معروف او اصلاح بين الناس
وورد ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس او
يقول خيرا قال ابن شهاب ولم اسمع يرخص
في شي مما يقول الناس كذب الا في ثلاث الحرب
والاصلاح بين الناس وحديث المراة زوجها رواه
مسلم ولدفع الظالم عن ظلمه لانه نهي عن المنكر
واخذ علي يد الظالم ويكره التعريض بالكذب
لانه كذب في الظاهر الا عند الضرورة كاكلت
يعني امس جوابا لمن دعاه الى الاكل لانه صادق
في قصده ولا غيبة لفاسق معلن ولا لغير معين
ولا لظالم يؤذي الناس بقوله او فعله ولا باس
الشاكي به الى السلطان ليزجره بل يثاب
عليه لانه من باب النهي عن المنكر والمنع عن
الظلم والحاصل ان الكلام اما مستحب كالاذكار واما

حرام

حرام كالكذب والغيبة والنميمة واما مباح كضروريات
الانسان من قوله قم واقعد ونحو ذلك واما ما لا يعنيه
فتركه مستحب لقوله عليه السلام ان من حسن اسلام
المرء تركه ما لا يعنيه واختلف هل يكتب المباح فقيل
لا اصلا لقول ابن عباس ان الملائكة لا يكتب الا ما كان
فيه اجرا او وزرا وقيل يكتب ذلك لظاهر قوله
تعالى ما يلفظ من قول الا لديه رقيب عتيد فقيل
يكتب ذلك عليه ثم ينسخ منه فيقابل عليه
باللوح المحفوظ كل اثنين وخميس ما كان فيه
جزا خيرا او شرا ثبت وما لم يكن كذلك محي لقوله
تعالى يمحو الله ما يشاء ويثبت وعنده ام الكتاب ب
ولقوله انا كنا نستنسخ ما كنتم تعملون وقيل يكتب
وينسخ يوم القيامة لانه يوم الحساب والجزاء
اما بالثواب او بالعقاب والله اعلم بالصواب
وينبغي لحافظ القران ان يختمه في ثلاثة ايام
او في اسبوع او في شهر او في اربعين فان نسيان
القران من الكبائر ويتقدم الشاب العالم على
الشيخ العابد الجاهل لقوله تعالى هل يستوي
الذين يعلمون والذين لا يعلمون وقوله يرفع
الله الذين امنوا منكم والذين اوتوا العلم درجات ت
وقوله عليه السلام فضل العالم على العابد
كفضلي على ادناكم رواه الترمذي عن ابي امامة
وقوله فضل حملة القران على من لم يحمله كفضل
الخالق على المخلوق رواه الديلمي عن ابن عباس
ويسن السلام وجوابه فرض كفاية لقوله تعالى

زاد احببتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها
وثواب هذه السنة افضل من الفرض الذي
هو جوابه لانها سبب له ولدلالته على التواضع لقوله
عليه السلام البادي بالسلام بري من الكبر كذا
في شعب الايمان ولا يسلم وقت الخطبة والتلاوة
لئلا يخل بالاستماع وكون القاضي في المحكمة حال
كونه يحكم مهيبة واحتشاما ويبدا اجري الرسم وتجب
الرد الا على القاضي والخطيب لان وجوبه على من
يسن السلام عليه وكذا لا يجب على من جلس
يتفقه بتلامذته او يقريهم القران لانه اعا جلس
على التعليم لا لرده التسليم ويسلم الراكب على
الراجل لقوله عليه السلام يسلم الراكب على
الماشي والماشي على القاعد والقليل على الكثير
متفق عليه ويسلم الرجل على المراة لانه عليه
السلام مر على نسوة فسلم عليهن رواه الامام
احمد ويجيب الذمي اذا سلم بقوله وعليك لما في
الصحيحين عن ابن عمر انه قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا سلم عليكم اليهود فانما
يقول احدهم السام عليك فقولوا وعليك
ولا تبدوه بالسلام لقوله عليه السلام لا تبدوا
اليهود فانما يقول ولا النصارى بالسلام
فاذا لقيتم احدهم في طريق فاضطروه الى اضيقه
رواه مسلم ويجب كفاية تشميت العاطس الحامد
بيرحمك الله لاحاديث وردت بذلك وان تكرر
منه في مجلس يستحب الى الثلاث ولو زاد يقول

عفاك الله لان النبي صلى الله عليه وسلم قال لمن
زاد الرجل مزكوم ويجيبه هو بقوله يهديكم الله
ويهديكم الله ويصلح بالكم ويغفر الله لنا ولكم
على ما ورد في الخبر كتاب الاشربة هي جمع
شراب وهو لغة ما يشرب وهنا ما يشرب
ويسكر حرم الخمر لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا
انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس الاية
ولاجماع الامة ولصحيح الاخبار وهي كثيرة منها
ما في الصحيحين عن انس بن مالك قال كنت
ساقي القوم يوم حرمت الخمر في بيت ابي طلحة
وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر فاذا مناد
ينادي فقال لي ابو طلحة اخرج فانظر فخرجت
فاذا مناد ينادي الا ان الخمر قد حرمت قال فجرت
في سكك المدينة فقال لي ابو طلحة اخرج فاهرقها فيها
فخرجت فهرقتها وفي صحيح مسلم عن عبد الرحمن
ابن وعلة قال سالت ابن عباس عن بيع
الخمر فقال كان لرسول الله صلى الله عليه
وسلم صديق من ثقيف او من دوس فلقيه يوم
الفتح براوية خمر يهديها اليه فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم يا فلان اما علمت
ان الله حرمها فاقبل الرجل على غلامه فقال
اذهب فبعها فقال صلى الله عليه وسلم
يا فلان بماذا امرته قال امرته ان يبيعها فقال
ان الذي حرم شربها حرم بيعها فامر بها
فافرغت في البطحاء وهي اي الخمر هو النيء بكسر

النون في اوله ويهمز في آخره وقد يدغم **من ماء عنب**
واشتد وقذف بالزبد وان قلت
الخمر بان كانت قطرة فان حرمتها غير معللة بالسكر
ولا موقوفة عليه وبعض المعتزلة انكر حرمة عينها
وزعم ان السكر حرام اذ به يحصل وقوع العداوة
والبغضاء والصد عن ذكر الله وذلك باطل مخالف
للكتاب والسنة واجماع الامة فكان كفرا منهم
وقد لان الله تعالى سماها رجسا وهو اسم المحرام
النجس عينا بلا شبهة ولم يشترط ابو يوسف ومحمد
القذف بالزبد وهو قول مالك والشافعي وهو الاظهر
لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل بالاشتداد
وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله
والقذف بالزبد صفاء لا تاثير له في السكر ولابي حنيفة
ان الغليان بداية الشدة وقذف الزبد كمالها اذ به
يتميز الصافي عن الكدر واحكام الخمر قطعية كالحد
واكفار المستحل وحرمة البيع فيناط بالكمال وقيل
يوخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا وفي
ان يوخذ في الحد والتكفير بقذف الزبد احتياطا
كالطلاء اي كما حرم الطلاء **وهو بكسر** الاول **ماء عنب**
طبخ فذهب اقل من ثلثيه كذا في الهداية وفي المحيط
الطلاء اسم للمثلث وهو ماء عنب طبخ حتى ذهب
ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وفي الصحاح مثل
المحيط لكن من غير ذلك الاسكار ويدخل في تفسير
المصنف المنصف وهو ما طبخ من ماء العنب حتى
ذهب نصفه الا ان يقال مراد المصنف ما ذهب اقل

من ثلثيه واكثر من نصفه فلا يدخل لكن المراد لا يدفع
الايراد ثم كل ذلك عندنا حرام اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد وان لم يقذف فهو على الخلاف لانه رقيق ملذ
مطرب يدعو قليله الى كثيره فيحرم شربه دفعا
للفساد المتعلق به كالخمر واما الباذق فاسم لذاهب
ما دون النصف واظهر الروايتين عن ابي حنيفة رحمه
الله بمنزلة المنصف في حكم البيع والحد وعنه في رواية
اخرى انه الحق ذلك بالخمر في انه لا يجوز بيعه كذا في
المبسوط **وغلظا** اي الخمر والطلاء **نجاسة** اي
من جهة النجاسة **وحرم نقيع التمر** اي السكر
بفتحتين ونقيع الزبيب بتبيين تسميته التي
اذا غلا كل واحد منهما **واشتد** وعند ابي حنيفة
واذا قذف بالزبد وقال شريك بن عبد الله السكر
حلال لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب
تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا ذكره في موضع
المنة وهي لا تتحقق بالمحرم فاوجب اباحته ولنا
اجماع الصحابة على حرمة ذلك وقد قال النبي صلى
الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين والنص
محمول على ما قبل التحريم فيكون منسوخا وهو
مذهب الشعبي والنخعي وفي مصنف ابي شيبة
عن ابراهيم قال قال عبد الله السكر خمر وفيه عن
سعيد بن جبير عن ابن عمر انه سئل عن السكر فقال
الخمر وقيل السكر النبيذ وهو عصير العنب
والزبيب والتمر اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه ثم ترك
حتى اشتد وهو حلال عند ابي حنيفة الى حد

السكر ونحتج بهذه الاية ويحتمل السكر المذكور في الاية
على هذا وعن الشيخ ابي منصور الماتريدي معناه
تتخذون من الحلال الذي هو حرام كقوله تعالى
قل ارايتم ما انزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما
وحلالا واما نقيع الزبيب فحرام عندنا خلافا
لله وراي وحرمة الخمر اقوى لانها قطعية فيكفر
مستحلها فقط اي ولا يكفر مستحل واحد من الثلاثة
الاخر لان حرمته اجتهادية ويحد شاربها ولو قطرة
ولا يحد شارب واحد من الثلاثة الاخر حتى
يسكر وحل المثلث العنبي وهو ما طبخ من ما العنب
حتى ذهب ثلثاه وان اشتد الا انه لغلظه لا يحصل
شرب قليله الفساد ولا يدعو قليله الى كثيره
بخلاف الخمر قال البخاري وراي عمر وابي عبيدة
ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وروى النسائي
شربه عن ابي موسى وقال ابو داود سالت احمد
عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال
لا باس به قلت انهم يقولون انه يسكر قال
لو كان يسكر لما احله عمر وفي المبسوط عن داود بن
ابي هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلاء
الذي كان يامر عمر باتخاذه الناس ويسقيهم منه
كيف كان قال كان يطبخ العصير حتى يذهب
ثلثاه ويبقى ثلثه وقال الاوزاعي المصنف والباذق
مباح وهو قول بعض اصحاب الظواهر وبعض
المعتزلة وحل نبيذ التمر والزبيب مطبوخا ادنى
طبخة بان طبخ حتى نضج وان اشتد اذا شرب

مالم

مالم يسكر بلا نية لهو وطرب بل بنية تقو لما روينا
ان رجلا شرب نبيذا من تمر فسكر فضربه الحد
فقال انما شربت من قربتك فقال له عمر انا
جلدناك بسكرك وان رجلا شرب من اداوة
على نبيذا مصفى فسكر فضربه الحد ثمانين
وفي الاثار محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة
عن سليمان بن الشيباني عن ابن زياد انه افطر
عند عبد الله ابن عمر فسقاه شرابا فكانه
اخذ منه فلما اصبح غدا اليه فقال ما هذا الشراب
ما كدت اهتدي الى منزلي فقال ابن عمر ما زدناك
على عجوة وزبيب ولقول علي طاف النبي صلى
الله عليه وسلم بين الصفا والمروة اسبوعا
ثم استند الى حائط من حيطان مكة فقال هل
من شربة فاتى بقعب من نبيذ فذاقه فقطب
ورده اليه فقام رجل من ال حاطب فقال يا رسول
هذا شراب اهل مكة قال فصب عليه الماء ثم شرب
ثم قال حرمت الخمر بعينها والسكر من كل رواه
العقيلي عن محمد بن الفرات واعله به ورواه
ايضا عن عبد الرحمن بن بشر الغطفاني
عن علي قال سالت رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن الاشربة عام حجة الوداع فقال
حرم الله الخمر بعينها والسكر من كل شراب قال
وثم عبد الرحمن هذا مجهول في الرواية و
والنسب وانما يروى عن ابن عباس من قوله
ورواه النسائي موقوفا عليه من طرق وحل

الخليطان وهو ان يجمع التمر والزبيب او الرطب
والبسر ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد
فان قيل اخرج مسلم عن ابي هريرة قال نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الزبيب والتمر والبسر والتمر
وقال انبذ كل واحد منهما على حدته اجيب بانه محمول
على شدة العيش توسعة على الناس روى هذا
محمد في الآثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم
قال لا باس بنبيذ خليط التمر والزبيب وانما كره
شدة العيش في الزمن الاول كما كره السمن واللحم
وكما كره الاقران واما اذا وسع الله على المسلمين
فلا باس به وحرمه مالك والشافعي لما قدمنا ولما في
الكتب الستة عن جابر عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه نهى ان ينبذ الزبيب والتمر جميعا ونهى
ان ينبذ البسر والرطب جميعا وفيها ايضا سوى
الترمذي عن عبد الله بن ابي قتادة عن ابيه ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن خليط الزبيب
والتمر وعن خليط البسر والتمر وعن خليط الزهو
والتمر وقال انتبذ كل واحد على حدة وفي مسلم عن
الخدري قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان نخلط بسرا بتمر او زبيبا بتمر او زبيبا ببسر
وقال من شرب منكم النبيذ فليشربه زبيبا فردا او تمرا
او بسرا فردا ولنا ما قدمنا وما في كامل ابن عدي عن ام
سليم وابي طلحة انهما كانا يشربان نبيذ الزبيب
والبسر يخلطانه فقيل له يا ابا طلحة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن هذا قال انما نهى عن الغلاء

في

173

في ذلك الزمان كما نهى عن الاقران وفي سنن ابي داود
عن صفية بنت عطية قالت دخلت مع نسوة من
عبد القيس على عائشة فسالناها عن التمر والزبيب
فقالت كنت اخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب
فالقيه في اناء فامرسه ثم اسقيه النبي صلى الله
عليه وسلم وحل نبيذ العسل والتين والبر
والشعير والذرة وسائر الحبوب وان لم يطبخ بلا نية
لهو وطرب بل للتقوي لما روى مسلم وغيره ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين
النخلة والعنبة وفي لفظ لمسلم الكرمة والنخلة والمراد
بيان الحكم لان الخمر حقيقة في ماء العنب ولم يشترط
في نبيذ العسل وما عطف عليه الطبخ لان قليله
لا يدعو الى كثيره ثم حل ذلك قول ابي حنيفة
وابي يوسف فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع
طلاقه كالنائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك
وهو بكسر الراء جمع الرمكة وهي الفرس الانثى
وقال محمد وهو قول مالك والشافعي كل ما اسكر
كثيره حرم قليله من اي نوع كان ويحد السكران
منه ويقع طلاقه كما في سائر الاشربة المحرمة
والفتوى في زماننا على قول محمد حتى يحد من سكر
من الانبذة المتخذة من الحبوب او العسل والتين
او اللبن لان الفساق يجتمعون عليها ويقصدون
اللهو بشربها والسكر بها ولما في صحيح مسلم من قوله
عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفيه
وفي مسند احمد وصحيح ابن حبان عن شراب يجرونه

بارضهم كل مسكر خمر وكل خمر حرام وفي مسلم عن جابر
ان رجلا قدم من اليمن فسال النبي صلى الله عليه وسلم
عن شراب يشربونه بارضهم من الذرة يقال له المزر
فقال النبي صلى الله عليه وسلم او مسكر هو قال
نعم قال كل مسكر حرام ان على الله عهدا لمن يشرب
المسكر ان يسقيه من طينة الخبال وفي الصحيحين
عن عايشة قالت سيل رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن البتع وهو نبيذ العسل فقال كل شراب
اسكر فهو حرام وفي سنن ابي داود وابن ماجة
والترمذي عن النعمان بن بشير قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا
وان من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن العسل
خمرا وفي سنن النساي وابن ماجة من حديث عمر
وابن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال ما اسكر كثيره فقليله حرام ه
وهكذا رواه الدارقطني عن علي مرفوعا وفي سنن
ابي داود والترمذي عن عايشة انها سمعت النبي
صلى الله عليه وسلم يقول كل مسكر حرام وما
اسكر الفرق فملو الكف منه حرام وفي لفظ للترمذي
فالحسوة منه حرام ولما ذكر لابن المبارك حديث ابن
مسعود في كل مسكر حرام هي الشربة التي اسكرتك
قال الحديث باطل وفي المبسوط ولان المثلث بعد ما
اشتد خمر لان الخمر انما سمي بهذا الاسم لمخامرته العقل
وذلك موجود في ساير الاشربة المسكرة وقد سماه
رسول الله صلى الله عليه وسلم خمرا ولو سماه احد من
اهل

اهل اللغة خمرا لكان يستدل بقوله على اثبات هذا
الاسم فاذا سماه صاحب الشرع وهو افصح العرب
اولى وابو حنيفة وابو يوسف اوجبا الحد بالسكر من
الاشربة المذكورة في الصحيح عنهما لما روينا عن عمر
وعلي ولقطع مادة مفاسد لازمة للسكر منها وحل
الخمر ولو بعلاج من التخلل او ملح فيها ليصير خلا لا
طلاق ما اخرجه الجماعة الا البخاري من حديث جابر
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم
الادام الخل وقال مالك والشافعي لا يحل تخليل الخمر
ولا الخل الحاصل منه لما اخرجه مسلم قال سيل النبي صلى
الله عليه وسلم عن الخمر انتخذ خلا قال لا واخرج
ايضا عن انس ان ابا طلحة سال النبي صلى الله
عليه وسلم عن ايتام ورثوا الخمر قال اهرقها قال افلا
نجعلها خلا قال لا ولان الصحابة اراقوها حين نزلت
اية التحريم ولو جاز التخليل لنبه عليه السلام
عليه كما نبه اهل الشاة الميتة على دباغ اهابها
وفي مسند احمد عن ابن عمر قال امرني رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان اتيه بمدية قال فاتيته بها فخرج
باصحابه الى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر فشق
ما كان من تلك الزقاق بحضرته ثم اعطانيها وامر
اصحابه ان يمضوا معي ويعاونوني وامرني ان اتي الا
سواق كلها فلا اجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت
فلم اترك في اسواقها زقا الا شققته واجاب الطحاوي
بان ذلك محمول على التغليظ والتشديد بدليل انه
ورد في بعض طرقه الامر بكسر الدنان فيما روى الدارقطني

والطبراني في معجمه وبدليل ما روى احمد في مسنده عن
عمران النبي صلى الله عليه وسلم شق زقاق الخمر
بيده في اسواق المدينة وهذا صريح في التخليط
لان فيه اتلاف مال الغير اذ قد كان يمكن اراقة الدنان
والزقاق وتطهيرها ولكن قصد باتلافها التشديد
ليكون ابلغ في الردع قلت ويؤيده ما رواه البيهقي
كما تقدم عن احمد وفيه فقال الناس ان هذا في
الزقاق منفعة يا رسول الله قال اجل ولكن انما افعل
ذلك غضبا لله لما فيه من سخطه وفي مسند ابي
يعلى الموصلي عن جابر بن عبد الله قال كان رجل
يحمل الخمر من خيبر الى المدينة فيبيعها من المسلمين
فحمل منها بمال فقدم فلقيه رجل من المسلمين
فقال ان الخمر قد حرمت فوضعها حيث انتهى على تل
وسجاها باكسية ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال يا رسول الله بلغني ان الخمر قد حرمت
قال اجل قال فهل لي ان اردها على من ابتعتها
منه قال لا قال فاهديها الى من يكافيني منها قال
لا قال فان فيها ليتامى في حجري قال اذا اتانا مال
البحرين فاتنا نعوض ايتامك من مالهم ثم نادى
بالمدينة فقال رجل يا رسول الله الاوعية ينتفع
بها قال فحلوا اوكيتها فانصبت حتى استقرت
في بطن الوادي ومن ادلتنا ما روي في سنن الدار
قطني عن فرج بن فضالة عن يحيى بن سعيد
عن عمرة عن ام سلمة انها كانت لها شاة تحتلبها
ففقدها النبي صلى الله عليه وسلم فقال ما فعلت

الشاة

الشاة قالوا ماتت قال افلا انتفعتم باهابها فقلنا انها ميتة
فقال صلى الله عليه وسلم ان دباغها يحل كما يحل خل
الخمر الا انه قال تفرد به بن فضالة وهو ضعيف يروى
عن يحيى بن سعيد احاديث لا يتابع عليها وفي المعرفة
للبيهقي عن المغيرة بن زياد عن ابي الزبير عن جابر
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خير خلكم
خل خمركم ثم قال تفرد به المغيرة عن ابي الزبير
وليس بالقوي قال وان صح فهو محمول على ما اذا تخلل
بنفسه وكذا ايضا حديث فرج بن فضالة قلت
ولا يخفى بعد الحمل وفي المبسوط وحجتنا ما روي انه
صلى الله عليه وسلم قال ايما اهاب دبغ فقد طهر
فيجعل بمنزلته اذا صارت خلا يطهر ما يوازيها
من الاناء واما اعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر
فقيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة
الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فبقي نجسا ولا
تحل هذه الاشربة الاربعة بالطبخ بعد اشتدادها
لانه لاقى عينا حراما فلا يفيد الحل فيه كطبخ لحم
الخنزير وهذا لانه ليس للنار تاثير في اثبات
الحل وانما تاثيرها منع ثبوت صفة الحرمة فيه ثم
بيع غير الخمر من هذه الاشربة جائز عند ابي حنيفة
ومضمونة بالاتلاف لانها شراب مختلف في اباحة شربها
بين العلماء فيجوز كالمثلث وهذا لانه ليس من ضرورة
حرمة التناول فلا يجوز بيعها كالخمر وحل الانتباذ
في الدباء وهو القرع والحنتم وهو الجرة الخضراء
والمزفت وهي المطلي بالزفت وكذا النقير وهو المنقور

من الخشب لما روى الجماعة من حديث بريدة ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن الظروف
فان ظرفا لا يحل شيئا ولا يحرمه وكل مسكر حرام وفي رواية
كنت نهيتكم عن الاشربة الا في ظروف الادم فاشربوا
في كل وعاء غير ان لا تشربوا مسكرا وفي لفظ لمسلم
كنت نهيتكم عن الظروف وان الظروف لا تحل شيئا
عن ثلاث ... ولا تحرمه وكل مسكر حرام
وفي سنن ابي داود عن بريدة قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث وانا امركم
بهن نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فان
زيارتها تذكرة ونهيتكم عن لحوم الاضاحي ان تاكلوها
بعد ثلاث فكلوا واستمتعوا بها في اسفاركم وحرم
دردي الخمر لان فيه اجزاء فكان حراما نجسا
والامتشاط به لانه انتفاع به والانتفاع بالنجس
حرام ولا يحد شاربه بلا سكر لان وجوب الحد
للزجر والزاجر انما يشرع فيما تميل الطباع اليه
ولا تميل الطباع الى شرب الدردي بل تعافه وتنفر
عنه فاشبه غير الخمر من الاشربة التي لا حد فيها
الا بالسكر ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في
الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم كتاب
الذبائح حرم ذبيحة لم تزك لقوله تعالى حرمت عليكم
الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به
والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما
اكل السبع الا ما ذكيتم اى ادركتم ذبحها والمراد
بالذبيحة ما من شانها ان يذبح ليتناول حرمة ما

لبس

الاشربة الا في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير ان لا تشربوا مسكرا ونهيتكم عن ٤٤

ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة ونحوهما وحرمت
عضو قطع من الحيوان ولم يحرم السمك والجراد وذكاة
الضرورة جرح اين كان من البدن وذكاة والاختيار
ذبح بين الحلق واللبة اي الصدر لما روي انه عليه
السلام بعث مناديا ينادي في فجاج منى الا ان الذكوة
في الحلق رواه الدارقطني وعروقه اي عروق الذبح
الحلقوم وهو مجرى النفس سواء كان الذبح في
وسطه او في اعلاه او في اسفله بعد ان يكون فيه
حتى لو ذبح اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم لانه
ذبح شاة في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي بعض
الفتاوي ما يخالف ذلك وهو انه سئل عمن ذبح شاة
فبقيت عقدة الحلقوم فقال يجوز اكلها سواء بقيت
العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر والمري بفتح
الميم وكسر الراء وهو مجرى الطعام والشراب
وهو راس المعدة والكرش اللازم بالحلقوم والودجان
وهما مجرى الدم وفي الهداية الحلقوم مجرى العلف
والمري مجرى النفس وهو سهو وقع لما في مبسوط
شيخ الاسلام خواهر زادة وهو المري عرق احمر
هو مجرى النفس ولما في الكشاف الحلقوم يدخل
الطعام والشراب والاول اصح وقد ذكره القدوري
في شرح مختصر الكرخي وبوبده قوله تعالى فلولا
اذا بلغت الحلقوم ولما في ديوان الادب وهو المري
الذي يدخل فيه الطعام والشراب ونحوه في
المغرب وانما كانت عروق الذبح هذه الاربعة
لان قطع الودجين لانهما الدم والحلقوم والمري

للتنجيل عليه وحل الذبح **بقطع اي ثلاث منها** عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع الى انه لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وعن محمد انه لا بد من قطع اكثر كل واحد من الاربعة وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره وقد ورد الامر بقطعه ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم بمتد الى الصلب فينوب احدهما عن الاخر ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام ويحصل باي ثلاث منها انهار الدم كذا ذكروه وفيه ان اكثر الشي يقوم مقام الكل لا اكثر الاشيا وهذا يتبين ان الاظهر قول محمد ثم المعتمد ان الذبح الاختياري يتعين بين الحلقوم واللبة وهي المنحر تحت العقدة على ما صرح به في ذبايح الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وكذا في فتاوي اهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح والاصل في ذلك قول عمر وابن عباس الذكوة في الحلق واللبة رواه عبد الرزاق في مصنفه وفي سنن الدارقطني عن سعيد بن سلام العطار ثنا عبد الله بن بديل بن ورقا الخزاعي على جمل اورق يصيح في فجاج منى الا ان الذكوة في الحلق واللبة ثم قال وسعيد بن سلام اجمع تحدث بالبواطل متروك وقال في التنقيح هذا اسناد ضعيف بمرة وسعيد بن سلام اجمع الايمة على ترك الاحتجاج وكذبه ابن نمير وقال البخاري

يذكر بوضع الحديث اذا عرفت هذا **فلم يجز الذبح فوق العقدة** اي عقدة الحلقوم بان يكون الذبح بينها وبين الراس ولا تحت العقدة بان يكون الذبح بينها وبين اللبة لانه لو لم يحصل حينيذ قطع واحد من الحلقوم والمري والاصحاب واشترطوا قطع اكثر الاربع فلا بد عندهم من قطع الحلقوم او المري وقال مالك لا بد من قطع الاربع **وقيل يجوز** سوا بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر وشرط في الذبح ان يكون حلا لا خارج الحرم في حق الصيد **وحل** الذبح **بكل ما فيه حدة** ولو كان ليطة بكسر اللام وهي قشر القصب او مروة وهي الحجر الحاد لما في سنن ابي داود والنسائي عن عدي بن حاتم قلت يا رسول الله ارايت احدنا يصيب صيدا وليس معه سكين ايذبح بالمروة وشقة العصا قال امرر الدم بما شيت واذكر اسم الله وفي رواية لمسلم افر الاوداج بما شيت واذكر اسم الله عليه وفي مصنف ابن ابي شيبة عن رافع بن خديج قال سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الذبح بالليطة قال كل ما افرى الاوداج الا سنا وظفرا وهذا معنى قوله **الا سنا وظفرا قائمين** وقال الشافعي لا يجوز بهما الذبح سوا كانتا قائمتين او غير قائمتين لما رواه الستة عن عباية بن رفاعة ابن رافع بن خديج عن جده انه قيل يا رسول الله انا نكون في المغازي وليس معنا مدى انذبح بالقصب فقال ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه

فكلوا ليس الظفر والسن اما الظفر فمدي الحبشة
واما السن فعظم اخرجوه واما الظفر فمدي الحبشة
مختصرا ومطولا وفي رواية فكلوا ما لم يكن سنا او ظفر
وساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم واما الظفر
فمدي الحبشة قال ابن القطان في كتابه هذا حديث
برواية مسلم من حديث سفيان الثوري عن رافع
ابن خديج قال كذا الحديث قال والشك في قوله
اما السن فهل هو من كلام النبي او لا فقد رواه ابو
داود عن ابي الاحوص عن سعيد بن مسروق والد
سفيان عن عباية ابن رفاعة بن رافع عن ابيه
عن جده رافع بن خديج قال اتيت النبي صلى
الله عليه وسلم فقلت له يا رسول الله انا نلقى
العدو غدا وليس عندنا مدى فنذبح بالمروة وشقة
العصا فقال عليه السلام ما انهر الدم وذكر
اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا او ظفرا قال
رافع ساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم واما
الظفر فمدي الحبشة قال فهذا كما ترى بينه بان
قوله اما السن من كلام رافع وليس في حديث
مسلم نص ان قوله اما السن من كلام النبي عليه
السلام تبينه ابو الاحوص من قول رافع لا يحتمل
فيه قال وليس لاحد ان يقول اخطا ابو الاحوص
الا كان لاخر ان يقول اخطا مخالفه لانه ثقة كذا
في التخريج باختصار والحاصل انه عليه السلام
لم يفصل بين القائم وغيره فدل على عدم جواز
الذبح بهما مطلقا ولنا ما اخرج البخاري ايضا عن

كعب

كعب بن مالك ان جارية كانت لهم ترعى بسلع فابصرت
شاة من غنمها موتا فكسرت حجرا فذبحتها فقال
لاهله لا تاكلوا حتى اتي النبي صلى الله عليه وسلم
فاسأله او حتى ارسل اليه فاتى النبي صلى الله
عليه وسلم او بعث اليه فامر النبي صلى الله عليه
وسلم باكلها واذا صلح الحجارة للذبح بمعنى الجرح
فكذا الظفر والسن المنزوعان بخلاف غير المنزوع
فانه يوجب الموت بالثقل مع الجرح فتصير الذبيحة
في معنى المنخنقة نعم يكره الذبح بالمنزوع لما فيه
من زيادة الضرر بالحيوان كما لو ذبح بشفرة كليلة
وحديث عباية يحمل على الغير المنزوع توفيقا بين
الاحاديث ولان الحبشة يحددون اسنانهم ولا يقلمون
اظفارهم فيما تلوث بالخدش والعض وكره النخع
وهو بنون فمعجمة فمهملة ان يبلغ بالسكين النخاع
وهو بضم النون والكسر والفتح عرق ابيض
في جوف عظم الرقبة لما اخرج الطبراني والبيهقي
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الذبيحة ان تفرس قبل ان تموت وفي
غريب الحديث الفرس ان يذبح الشاة فتنخع
وقيل معنى النخع ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه
وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن اضطرابه
وكل ذلك مكروه لما فيه من زيادة تعذيب الحيوان
وقد نهينا عنه وكره السلخ قبل ان تبرد وكل تعذيب
بلا فائدة كقطع الراس وجرها برجلها الى المذبح ثم
الكراهة في هذه لمعنى زيادة الالم قبل الذبح او بعده

فلا يوجب التحريم بل يوجب التنزيه لما اخرجه الجماعة
عن شداد بن اوس ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم
فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد
احدكم شفرته وليرح ذبيحته وعلى في الحديث
بمعنى اي وعلى مقدرة فيه اي كتب عليكم بمعنى
اوجب واخرج الحاكم في المستدرك وقال صحيح
على شرط الشيخين عن ابن عباس ان رجلا
اضجع شاة يريد ان يذبحها وهو يحد شفرته
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اتريد ان تميتها
موتتين هلا احددت شفرتك قبل ان تضجعها
والشفرة هي السكين العظيم وفي سنن ابن ماجة
عن ابن عمر قال امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم ان تحد الشفار وان توارى عن البهائم
وقال اذا ذبح احدكم فليجهز اي ليسرع وشرط
كون الذابح مسلما لقوله تعالى الا ما ذكيتم او كتابيا
ولو كان الكتابي حربيا لقوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم والمراد مذكاهم لاطلاق قوله
تعالى الا ما ذكيتم لان مطلق الطعام غير المذكى
يحل من اي كافر كان بالاجماع ويشترط ان لا يذكر
الكتابي عند الذبح غير الله حتى لو ذكر المسيح
او عزير لا تحل ذبيحته او ولو كان الذابح امرأة
تعلم او مجنونا اذ لا يشترط التكليف بغير الاسلام
في حقه او صبيا يعقل كما في سائر افعاله من
الصلاة والصوم ونحوهما من العبادات والمعاملات

ويضبط

ويضبط الذبيحة والتسمية او اقلف او اخرس ولو
كتابيا لاطلاق ما تلونا من قوله الا ما ذكيتم ايها
المؤمنون ولان عذر المجنون والاخرس ابين من عذر
الناسي فاقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي
ففي حق المجنون والاخرس اولى لا من لا كتاب
له اي وشرط ان لا يكون الذابح غير كتابي مجوسيا
او وثنيا اما المجوسي فلما اخرجه عبد الرزاق
وابن ابي شيبة في مصنفيهما عن علي ان النبي
صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوسي هجر يعرض
عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم
ضرب عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي
ذبائحهم واما الوثني فلانه مثل المجوسي في عدم
دعوى التوحيد ولا مرتد لانه لا ملة له اذ لا يقر على
ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي
اذا تنصر والنصراني اذا تهود والمجوسي اذا تنصر
او تهود فانه يقر على ما انتقل اليه عندنا
فيعتبر ما هو عليه عند الذبح ولو تمجس اليهودي
او النصراني لا تحل ذكاته لانه لا يقر على ذلك ويشترط
بالتسمية في ذكاة الاختيار بقصد انها للذبيحة
ولو سمى ولم تحضره النية حلت لانه اتى بالتسمية
وظاهر حاله انها للذبيحة فتقع عنها ولو سمى
لابتداء الفعل كسائر الافعال لا تحل الذبيحة
ويشترط ان يسمي حالة الذبح لقوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف وهذه الحالة حالة
النحر وحالة الذبح اختها فيكون مثل هذا الحكم

لها وان يذبح عقيب التسمية قبل ان يتبدل المجلس
فلو سمي واشتغل بعمل آخر من كلام قليل او شرب
ماء او اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح يحل الذبيحة
وان كان بعمل كثير لا يحل لان في ايقاع الذبح متصلا
بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء حرجا
فاقيم المجلس مقام الاتصال ولا تؤكل ذبيحة المحرم
الصيد لان فعله فيه غير مشروع وذبيحته غير
الصيد يؤكل لان فعله مشروع وما ذبح من الصيد
في الحرم حرام ولو ذكيه حلال لانه منهي عنه
فلا يكون مشروعا وكذا المحرم لو صيد صيد خارج
الحرم ثم ادخل فيه فذبح خلافا للشافعي **ولا تارك**
تسمية عمدا مسلما كان او كتابيا وبه قال مالك
وقال الشافعي يحل متروكة التسمية عمدا لانها عنده
سنة ولما رواه الدارقطني عن مروان بن سالم
عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير عن ابي سلمة
عن ابي هريرة قال سال رجل النبي صلى الله
عليه وسلم الرجل منا يذبح وينسى ان يسمي الله
قال اسم الله على كل مسلم وفي لفظ على فم كل مسلم
قلنا مروان بن سالم ضعيف ضعفه الدارقطني
وابن قطان وابن عدي واحمد والنسائي على ما في
المحيط واما ما رواه ابو داود في المراسيل عن عبد
الله بن داود عن ثور بن يزيد عن الصلت قال
النبي صلى الله عليه وسلم قال ذبيحة المسلم
حلال ذكر اسم الله او لم يذكر فقد قال ابن القطان
فيه مع الارسال ان الصلت السدوسي لا يعرف له

حال

له حال ولا يعرف بغير هذا الحديث ولا روى عنه غير
ثور بن يزيد ولنا اطلاق قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم
يذكر اسم الله عليه وانه لفسق اي وان الذي لم يذكر
اسم الله عليه حرام لان الفسق هو الخروج عن
الطاعة وان مطلق النهي يقتضي التحريم وما
اخرجه اصحاب الكتب الستة عن عدي بن حاتم
قال قلت يا رسول الله اني ارسل كلبي اجد معه كلبا
آخر لا ادري ايهما اخذه قال لا تاكل فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على الكلب الآخر ووجه الدلالة
انه علل الحرمة بترك التسمية عمدا **وان نسي التسمية**
صح لان النسيان مرفوع الحكم عن الامة بقوله عليه
السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان ولان في اعتباره
حرجا لان الانسان كثير النسيان والحرج مرفوع في
الشرع وفي المسالة خلاف مالك مستدلا بظاهر
قوله عليه السلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر
اسم الله عليه وقوله ايضا اذا ارسلت كلبك وسميت
فاخذ فقتل فكل اذ لا فصل فيه فتقييد الحرمة
بحالة العمد زيادة على النص فيجري مجرى النسخ
وقد سبق الجواب عنه ووقت التسمية في غير
الصيد عند الذبح لقوله تعالى واذكروا اسم الله
عليها صواف وهي حالة النحر وفي الصيد عند الرمي
او ارسال الجارح لان التكليف بحسب الوسع وفي
الخلاصة ولو ذبح ولم تظهر الهاء في بسم الله ان قصد
ذكر اسم الله يحل وان لم يقصد او قصد ترك الهاء
لا يحل ولو ذبح المنخنقة او الموقوذة وهي مضروبة

بخشب او حجر او المتردية التي تردت من علو او في
بئر او النطيحة التي نطحتها اخرى او التي بشق الذئب
بطنها وفيها حياة خفية حلت في ظاهر الرواية وحل
ذبيحة علم حياتها قبل الذبح وان لم يتحرك ولم يخرج منها
دم لان سبق الحياة قرينة على ان الموت حصل بالذكوة
وان لم يعلم سبق حياتها فلا بد من وجود احدهما وهو
التحرك او خروج الدم ليعلم بقاء الحياة عند الذكاة
وحرم الدم المسفوح لقوله تعالى او دما مسفوحا وكره
ان يوكل من الشاة الحياء وهي الرحم والخصية والغدة
والمثانة وهي موضع البول والمرارة وهي التي فيها
المرة لما في سنن البيهقي وغيره انه عليه السلام كان
يكره من الشاة اذا ذبحت سبعا الدم والمرارة والذكر
والانثيين والحياء والغدة والمثانة وحرم المذبوح
ان تعطف على اسم الله غيره موصولا به على سبيل الشركة
والحكم بالميتة لصورة الشريك نحو باسم الله واسم
فلان او باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد لانه اهل
به لغير الله لان العطف للتشريك بين المعطوف
والمعطوف عليه ولا معتبر بالاعراب لان كلام الناس
اليوم لا يجري عليه وفي النوازل سئل ابو نصر عن
رجل ذبح شاة فقال بسم الله واسم فلان قال سمعت
محمد بن سلمة قال سمعت ابراهيم بن يوسف يقول
تصير ميتة وقال محمد بن تصير لا تصير ميتة اذ لو صار
لصارت الرجل كافرا انتهى ولا يخفى انه لا ملازمة لان
عدم التكفير انما هو لعدم اعتقاده الشركة والحكم
بالميتة لصورة الشريك فرجع الحكم في كل منهما الى

الاحوط

الاحوط فيما به وكره ان وصل ولم يعطف نحو باسم
الله اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد
فلم يكن الذبح لغير الله فلا يحرم ولكن يكره لوجود القران
في الصورة فيتحرز لحال الاحتياط وفي النوازل
ولو قال بسم الله ومحمد رسول الله بالخفض لا يحل
وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه ان لا
يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس
اليوم لا يجري عليه واما اذا قال بسم الله محمد رسول
بالرفع او النصب فيكره واذا قال بسم الله ومحمد
رسول الله بالجر فيحرم المذبوح لانه اهل به لغير
الله وقد قال تعالى وما اهل به لغير الله ولقول ابن
مسعود جردوا التسمية وحرم ان فصل صورة
ومعنى كالدعاء قبل الاضجاع والدعاء قبل التسمية
او بعد الذبح لعدم القران اصلا بان يقول اللهم
تقبل من فلان كما روي انه عليه السلام كان اذا اراد
ان يذبح اضحية قال اللهم هذا منك ولك ان صلاتي
ونسكي الى وانا من المسلمين بسم الله والله اكبر
واخرج الحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح عن
ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا
ضحى اشترى كبشين املحين اقرنين فاذا خطب
وصلى ذبح احد الكبشين بنفسه بالمدينة وفي نسخة
بالمدينة ثم يقول اللهم هذا عن امتي جميعا ممن
شهد لك بالتوحيد وشهد لي بالبلاغ ثم اتى بالاخر
فذبحه وقال اللهم هذا عن محمد وال محمد ثم يطعمها
المساكين ويأكل هو واهله منهما فمكثنا قد كفانا

الله القوم والمؤنة ليس احد من بني هاشم بجنبي والكبش
الاملح هو الاغبر الذي فيه بياض وسواد ثم الشرط هو
الذكر الخالص حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي وأتى
به لا يحل الذبيحة لانه دعاء ولو قال سبحان الله او الحمد
لله يريد به التسمية حلت وذكر الحلواني انه يستحب
ان يقول بسم الله الله اكبر لان ذكر الواو يقطع فور
التسمية يعني فورها اولى واما ما في الهداية لقول
ابن مسعود جردوا التسمية فالمعروف عنه جردوا
القرآن وندب نحر الابل وهو قطع العروق في اسفل
العنق عند الصدر لانه فيها ايسر لان العروق مجتمعة
في النحر وكره ذبحها لانه خلاف السنة وانما حصل
لحصول المقصود وهو تسييل الدم والتعجيل والبقر
والغنم عكسه ندب ذبحهما لان الذبح فيهما ايسر وكره
نحرهما لانه خلاف السنة لانه صلى الله عليه وسلم
نحر الابل وذبح البقر والغنم وقد قال تعالى فصل لربك
وانحر اي الجزور وقال ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وفديناه
بذبح عظيم اي مذبوح وهو كبش سمين وكذا كره المذبوح
من القفا وبه قال الشافعي وحكم مالك بحرمته
العكس السابق وذبح القفا لمخالفة المشروع وصار
كالجرح في غير محل الذبح ولنا ما روينا من قوله عليه
السلام ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه ولان
المقصود تسييل الدم وهو حاصل وكفى الجرح في نعم
توحش او سقط في بير ولم يمكن ذبحه ولا نحره وقال
مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك
نادر ولا عبرة للنادر في الاحكام قلنا لو وقع لا بد من

اعتباره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم ان لها اوابد كاوابد
الوحش فاذا غلبكم منها شيء فافعلوا به هكذا قاله
في بعير ند فرماه رجل بسهم لا في صيد استانس
لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليها عند العجز عن ذكاة
الاختيار والعجز متحقق في الاول دون الثاني وحل
اي ويحرم جنين ميت وجد في بطن امه سواء اشعر
او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن
ابن زياد وهو قول ابراهيم والحكم بن عتيبة لقوله
تعالى والمنخنقة ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم
اذا وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان
الماء قتله او سهمك فقد حرم الاكل عند وقوع
الشك في سبب زهوق الروح وذلك موجود في الجنين
فانه لا يدري انه مات بذبح الام او باحتباس نفسه
وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقته حل وبه قال الشافعي
لما اخرج ابو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث
حسن عن ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال ذكوة الجنين ذكاة امه وهذا لفظ التر مذي
ولفظ ابي داود قال قلنا يا رسول الله ننحر الناقة
ونذبح البقرة او الشاة في بطنها الجنين انلقيه ام ناكله
فقال كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه ورواه
الدارقطني في سننه من حديث علي وابن مسعود
وابن عباس وزاد اشعر او لم يشعر واسنده الحاكم
في المستدرك باللفظ الاول من حديث ابن عمر وابي
ايوب وابي هريرة واسنده البزار من حديث ابي
امامة وابي الدرداء واجيب بان معنى الحديث كذكاة

امه والتسمية بهذا الطريق كثير ومنه قوله تعالى وجنة
عرضها السموات والارض ويدل على هذا انه روي
ذكاة امه بالنصب اي بذكي ذكاة مثل ذكاة امه والتحقيق
ان هذا التاويل انما يصح في الرواية بالنصب اذا كان
المنزوع حرف الكاف كقوله تعالى وهي تمر مر السحاب
ويحتمل الباء ايضا لكن ان جعلناه الكاف لم يحل الجنين
وان جعلناه الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل
والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة وعلل ابراهيم
النخعي فقال ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين وبسط
الكلام عليه في المبسوط وزبدة كلام ابي حنيفة ان الله
حرم الميتة وشرط التذكية بقوله الا ما ذكيتم فيحرم
الجنين الميت بنص الكتاب وما روي لا يعارض الدليل
القطعي ... وفصل الخطابي وبينه انه عليه السلام مبين
للكلام فان قيل لو لم يحل اكله بذكاة امه لما حل ذبحه
امه لان في ذبحها اضاعته وقد نهى النبي صلى الله عليه
وسلم عن اضاعة المال اجيب بان موته ليس بمتيقن
بل يرجى ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم ذبح امه ويكره
ذبح الحامل المقرب وهي التي قربت ولادتها لان في ذلك
تزك التحريم **ولا يحل ذو ناب او ذو مخلب من سبع بيان**
لذي ناب **او طير** بيان لذي مخلب لما اخرجه احمد ومسلم
وابو داود وابن ماجة وغيرهم عن ابن عباس قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذي ناب من السباع
وعن اكل كل ذي مخلب من الطير والفقرة الاولى اخرجها
الجماعة عن ابي ثعلبة وفي رواية لمسلم كل ذي ناب من
السباع حرام والسبع كل مختطف منتهب جارح عادي

العادة

العادة فقد والناب من السباع الاسد والذيب والنمر ب
والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البري والاهلي والثعلب
وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر
والعقاب والشاهين والموثر في الحرمة الايذا وهو
طورا يكون بالناب وطورا يكون بالمخلب او الخبث
وقد يكون خلقة وقد يكون عارضا كما في الجلالة
ومعنى التحريم تكريم بني ادم لئلا يتعدى شيء من هذه
الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل **ولا يحل الحشرات**
والهوام والزنابير واليربوع والقنفذ وغيرها لانها
من الخبائث وقال تعالى ويحرم عليهم الخبائث لان
الطباع السليم تستخبثها **ولا الحمر الاهلية ولا البغال** ل
اتفاقا **ولا يحل الخيل عند ابي حنيفة** اي يكره
اكل لحمه لما اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة عن
ابن الوليد قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن لحوم الخيل والبغال والحمير هذا لفظ ابن ماجة
واما لفظ ابي داود قال غزوت مع رسول الله صلى
الله عليه وسلم فاتت اليهود فشكوا ان الناس
قد اسرعوا الى حظائرهم فقال الا لا يحل اموال
المعاهدين الا بحقها وحرام عليكم الحمر الاهلية
وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي
مخلب من الطير ورواه الواقدي في المغازي مثل
ابي داود ثم قال الثبت عندنا ان خالدا لم يشهد
خيبر واسلم قبل الفتح هو وعمرو بن العاص وعثمان
ابن ابي طلحة اول يوم من صفر سنة ثمان وقال ابو
يوسف ومحمد لا باس باكل الخيل لما اخرجه البخاري في

غزوة خيبر ومسلم في الذبائح عن جابر بن عبد الله
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم
خيبر عن لحوم الحمير الاهلية واذن في لحوم الخيل وفي لفظ
للبخاري ورخص في لحوم الخيل وعورض بحديث خالد
واجيب بان حديث جابر صحيح وحديث خالد فيه
كلام ولحم الخيل مكروه تحريما في رواية ابي حنيفة فان
قوله في الجامع الصغير اكره لحم الخيل يدل على انه
كراهة تحريم لما روي ان ابا يوسف قال لابي حنيفة
اذا قلت في شيء اكرهه فما رايك فيه قال التحريم
وفي ظاهر الرواية مكروه تنزيها وبه قالا وهو
الصحيح لما قلناه ولما في الصحيح عن اسما بنت ابي
بكر قالت نحرنا على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم فرسا فاكلناه وفي رواية اكلنا لحم
فرس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولم ينكره ولقول جابر بن عبد الله انهم ذبحوا يوم خيبر
الحمير والبغال والخيل فنهاهم النبي صلى الله عليه
وسلم عن الحمير والبغال ولم ينههم عن الخيل
رواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط
مسلم ولم يخرجاه واما ما احتج في المبسوط وغيره
بقوله تعالى والبغال والحمير لتركبوها وزينة فقال
قد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب
والزينة في الخيل ولو كان ماكولا لكان الاولى بيان
منفعة الاكل لانها اعظم المنافع وبه بقاء النفوس
ولا يليق بذكر الحكيم ترك الاعظم وهو المنفعة وذكر
ما دونه ذلك في مقام المنة الا ترى انه تعالى في الانعام

ذكر

ذكر الاكل بقوله ومنها تاكلون انتهى فلا دليل فيه اذ لا
يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبا ان لا يقصد
غيره اصلا ويدل عليه ان الاية مكية وعامة المفسرين
والمحدثين على ان الحمر الاهلية حرمت عام خيبر
ولا الضبع وهو قول سعيد بن المسيب والثوري
لانه ذو ناب ولما في سنن الترمذي عن ابن جزء قال
سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل
الضبع فقال اوياكل الضبع احد فيه خير ورواه ابن
ماجة ولفظه ومن ياكل الضبع وحل عند الشافعي
واحمد واسحاق لما في سنن الترمذي وابن ماجة
والنسائي عن عبد الرحمن بن ابي عمار قال سالت
جابرا عن الضبع اصيد هي قال نعم قلت اكلها قال
نعم اشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال نعم ورواه الحاكم في مستدركه عن جابر قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد
فاذا اصابه المحرم ففيه كبش مسن ويوكل وقال
حديث صحيح ولم يخرجاه وقال مالك يكره اكلها
والمكروه عنده ما اثم باكله ولا يقطع بتحريمه ولا اليربوع ع
لانه من الحشرات وفيه خلاف الشافعي واحمد ولنا ما
روى احمد واسحاق بن راهويه وابو يعلى الموصلي
عن عبد الله بن يزيد السعدي قال سالت سعيد
ابن المسيب ان ناسا من قومي ياكلون الضبع فقال
ان اكلها لا يحل وكان عنده شيخ ابيض الراس واللحية
فقال ذلك الشيخ يا عبد الله الا اخبرك بما سمعت
ابا الدرداء يقول فيه قلت نعم قال سمعت ابا الدرداء

يقول نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل
كل ذي خطفة ونهبة ومجثمة وكل ذي ناب من السباع
فقال سعيد صوفي والمجثمة بتشديد المثلثة المفتوحة كل
حيوان ينصب ويرمي ليقتل الا انها يكثر في الطير
والارانب واشباه ذلك مما يجثم الارض اي يلزمها
ويلتزق بها وجثوم الطير بمنزلة بروك الابل ولا
يحل الغراب الابقع الذي ياكل الجيف لانه ياكلها
فصار كسباع الطير واما غراب الزرع فحلال كما
سياتي ولا يحل حيوان مائي لقوله تعالى ويحرم
عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث فقد
اخرج ابو داود والنسائي عن عبد الرحمن ابن
عثمان القرشي ان طبيبا سال رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن الضفدع يجعلها في الدواء
فنهى عن قتلها ورواه احمد واسحاق وابو داود الطيالسي
في مسانيدهم والحاكم في مستدركه وقال صحيح الاسناد
قال المنذري فيه دليل على تحريم اكل الضفدع لان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتله ونهى
عن قتل الحيوان اما لحرمته كالادمي واما التحريم
اكله كالصرد والضفدع وليس بمحترم فكان النهي
منصرفا الى اكله سوى سمك لم يطف من طفى
يطفو اذا علا وفي الجامع الصغير ان وجد السمك
ميتا على وجه الماء وبطنه من فوق لم يوكل لانه
طاف وان كان ظهره من فوق اكل لانه ليس بطاف
اي لم يعل على الماء فيدبه لان السمك الطافي
يكره اكله عندنا لما اخرجه ابو داود وابن ماجة

من

من حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال ما القى البحر او جزر عنه فكلوه وما مات فيه
وطفا فلا تاكلوه وهو حجة على مالك والشافعي في
اباحتهما الطافي وجزر بجيم فزاي فراء انكشف وفي
رواية حسر وهو بمعناه وروى ابن ابي شيبة واحمد
وابن ماجة في كتاب الاطعمة من حديث ابن عمر قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم احلت لنا
ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان
فالكبد والطحال واطلق مالك والشافعي في حل حيوان
البحر وقيل عند الشافعي ان اكل مثله في البر حل والا
فلا كالكلب والحمار وفي الخنزير البحري قولان في
مذهب مالك لهما على اطلاق الحل قوله تعالى احل لكم
صيد البحر وطعامه من غير فصل وقوله عليه السلام
هو الطهور ماؤه الحل ميتته وما في الصحيحين عن
جابر قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم
وامر علينا ابا عبيدة نتلقى عير القريش وزودنا جرابا
من تمر لم يجد لنا غيره فكان ابو عبيدة يعطينا تمرة
تمرة فكنا نمصها كما يمص الصغير ثم نشرب عليه
من الماء فتكفينا الى الليل وكنا نضرب بعصينا
الخبط ثم نبله بالماء فناكله قال فانطلقنا على ساحل
البحر فالقى لنا البحر دابة يقال لها العنبر قال ابو
عبيدة ميتة ثم قال لا نحن رسل رسول الله وفي
سبيل الله وقد اضطررتم فكلوا قال فاقمنا عليه
شهرا ونحن ثلاثمائة حتى سمنا ولقد كنا نغترف
الدهن من وقب عينه بالقلال واخذ ابو عبيدة

وعبد الرزاق في مصنفيهما كراهة اكل
الطافي عن جابر بن عبد الله وعلي وابن عباس
وابن المسيب وابي الشعثاء والنخعي وطاوس والزهري
وحل الجراد اي اجماعا
وابن جابر ابو جعفر الهم
الكل اي الطافي من
وانواع السمك اي من الحيتان والدارماس
وكره ما مات الطافي فانه مكروه عندنا
الا ما اخرجه الشافعي واحمد صح
بلا ذكاة

ثلاثة رجال فاقعدنا في وقب عينه واخذ ضلعا من
اضلاعه فاقامه ثم رحل اعظم بعير منا فمر من
تحتها وتزودنا من لحمه وشايق فلما قدمنا المدينة
اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرنا
ذلك له فقال هو رزق اخرجه الله لكم فهل معكم
من لحمه شي تطعمونا قال فارسلنا الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فاكله والوشايق جمع
الوشيقة وهي اللحم يغلى اغلاوه ثم يقدد ويحمل
في الاسفار وهو ابقى قديدا يكون وبينا ما قدمنا
من الحديث المفصل وان المراد الطعام البحر
المالح المقدد من السمك وعينه ما لفظه ليكون
ميتة مضافا الى البحر لا ما مات فيه وحل السمك
بلا ذكاة كالجراد لما في مصنف عبد الرزاق اخبرنا
سفيان الثوري عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي
قال الحيتان والجراد ذكي كله واخرج عن عمر الحوت
ذكي كله والجراد ذكي كله وعن ابي هاشم الايلي
عن زيد بن اسلم عن ابن عمر عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال كل دابة من دواب البر والبحر
ليس لها دم ينعقد فليس لها ذكاة وعن احمد في
الجراد اذا قتله البرد لم يوكل ملخص مذهب مالك
ان قطعت راسه والا فلا وحل غراب الزرع لانه
ياكل الحب دون الجيف وليس من سباع الطير
والعقعق بفتح العينين معها اي مع الزكاة هو
وهذا عند ابي حنيفة لانه ياكل الحب والجيف
فاشبه الدجاج وقال ابو يوسف يكره لان غالب

ماكول

ماكول النجاسة وحرم الضب والثعلب خلافا لمالك
والشافعي فيهما اما الضب فلما في الصحيحين عن خالد
بن الوليد انه دخل مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم على ميمونة وهي خالته فوجد عندها ضبا
محنوذا فاهوى رسول الله صلى الله عليه وسلم
بيده الى الضب فقالت امراة من النسوة الحضور اخبرن
رسول الله بما قدمتن له قلن هو الضب
يا رسول الله فرفع يده فقال خالد احرام الضب
يا رسول الله قال لا ولكن لم يكن بارض قومي فاجدني
اعافه فاجتررته فاكلته ورسول الله صلى الله
عليه وسلم ينظر ولم ينهني وفيهما ايضا عن ابن
عمر قال كان ناس من اصحاب النبي صلى الله
عليه وسلم فيهم سعد فذهبوا ياكلون من لحم فنادتهم
امراة من بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
انه لحم ضب فامسكوا فقال عليه السلام كلوا واطعموا
فانه حلال او قال لا باس به ولكنه ليس من طعامي
واما الثعلب فكانه ملحق بالضبع عندهما ولنا الطلاق
ما روينا في اول الفصل من نهي النبي صلى الله عليه
وسلم عن اكل كل ذي ناب من السبع وما في سنن
ابي داود عن عبد الرحمن بن شبل ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل لحم الضب وحل الارنب
عندنا وسائر الائمة لما في البخاري عن انس بن مالك
قال انفجنا ارنبا بمر الظهران فسعى القوم فلغبوا
فادركتها فاخذتها فاتيت بها ابا طلحة فذبحها وبعث بوركها
وقال بفخذها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

نقليد قلت واكل منه قال واكل منه وفي سنن
النسائي عن ابي هريرة قال جاء اعرابي الى النبي صلى
الله عليه وسلم فلم ياكل وامر القوم ان ياكلوا وزاد في
لفظ وقال بارنب قد شواها فوضعها بين يديه
فامسك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم
ياكل وامر القوم ان ياكلوا وزاد في لفظ وقال لو اشتهيتها
اكلتها ولحم الفرس مكروه عند ابي حنيفة وكراهة
كرامته لانه للجهاد آلته وفي اكله قلته وقالا مباح
كسائر الاجنة وفي قاضي خان ان لبنه يكره كلحمه وفي
شرح الكنز لبن الرمكة حلال بالاجماع ويحرم شرب
لبن الاتن لان اللبن يتولد من اللحم فصار مثله ويحرم
شرب بول الابل وكذا عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف يجوز للتداوي وعند محمد يباح مطلقا قال
مالك ويحرم اكل لحم الابل والبقر الجلالة لانها تتغير
وكذا شرب لبنها لانه يتولد من لحمها وفي المنتقى
الجلالة هي التي تتغير وتنتن فوجد منها رائحة
خبيثة واما الدجاجة المخلاة فلا يحرم اكلها
لانها لا تتغير كذا ذكره بعضهم فان حبست الجلالة
في مكان وعلفت حلت وكان ابو حنيفة لا يوقت
لحبسها ويقول يحبس حتى تطيب ويذهب نتنها
وهو قولهما كذا في التتمة وقيل يقدر في الابل باربعين
يوما وفي البقر عشرين وفي الشاة بعشرة ايام
وفي الدجاجة بثلاثة ايام ولو وقع ما نثر من السكر
والدراهم في حجر رجل فاخذه غيره حل له لانه مباح
والمباح لمن سبق يده اليه الا ان يكون الاول قد تهيا

له

له او ضمه الى نفسه لانه بذلك يملكه ثم التضحية هل
هي جائزة فعن محمد جازت اذا كان اذن فيها صاحبها
فقد صح انه عليه السلام نحر يوم النحر خمسة ابدنة
وقال من شاء فليقتطع ويحرم اكل التراب والطين
لورود النهي ولانه يورث الاصفرار ووجع المثانة
ويسن للنساء خضاب اليد والرجل ويحرم على
الرجال وكذا يحرم ان يخضب ايدي الصبيان وارجلهم
ولا باس بخضاب الراس واللحية بالحناء والوسمة
للرجال والنساء لقوله عليه السلام ان احسن
ما غيرتم به الشيب الحناء والكتم رواه ابن ماجة
واذا اردت تفصيل المحرمات والمباحات من الحيوانات
فعليك بكتابنا المسمى بهجة الانسان في مهجة
الحيوان والله المستعان في كل مكان وزمان **كتاب**
الاضحية هي لغة ما يضحى به وشرعا **شاة** بذبح
يوم الاضحى **من فرد** اي شخص واحد **وبقرة او بعير**
منه اي من فرد **الى سبعة** والقياس ان لا يجوز الا عن
فرد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركنا
لما اخرجه الجماعة الا البخاري عن جابر قال نحرنا
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحديبية
البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة وانما قال
الى سبعة لان كلا منهما يجوز عن ستة واقل لانه
اذا جاز عن سبعة فعما دونه اولى ولا يجوز عن
ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه لكن اخرج
الترمذي وقال حديث حسن غريب والنسائي
واحمد وابن حبان في صحيحه عن ابن عباس قال كنا مع

رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فحضر الاضحى
فاشتركنا في البقر سبعة وفي الجزور عشرة ان لم
يكن لواحد منهم اقل من سبع فيه لانه لو كان لاحدهم
اقل من سبع لا يجوز عند الكل لانعدام القربة في البعض
ويقسم اللحم بينهم وزنا لانه موزون عرفا لا جزافا
اذ لا يتحقق التساوي ويدخل فيه شائبة الربوا الا
اذا ضم معه اكارعا وجلده فيكون في كل جانب
شيء من اللحم وشيء من الاكارع او يكون في كل جانب
شيء من اللحم وبعض الجلد او يكون في جانب لحم مع
الاكارع وفي اخر لحم وجلد وانما يجوز اذا كان كذلك
صرفا للجنس الى خلافه وصح اشتراك ستة في
بقرة مشتراة لاضحية بان اشترى شخص بقرة
يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشركه فيها معه
ستة وقال زفر لا يصح وهو القياس لان اعدادها
للقربة يمنع عن بيعها تمولا ووجه الاستحسان انه
قد يجد بقرة يشتريها ولا يجد شركاء وقت الشراء
فكانت الحاجة ماسة الى ذلك دفعا للحرج وذا اي
الاشتراك قبل الشراء احب ليكون ابعد عن
الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي
حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء واعلم ان
الاضحية واجبة عندنا على كل حر مسلم مقيم موسر
فجر يوم النحر ونلوبه وقالا سنة في رواية كمالك
والشافعي بقوله عليه السلام من راى هلال
ذي الحجة منكم واراد ان يضحي فليمسك عن شعره
واظفاره رواه الجماعة الا البخاري والتعليق بالارادة

ينافي

ينافي الوجوب ولقوله عليه السلام ثلاث هن علي
فرائض وهي لكم تطوع الوتر والنحر وصلوة الضحى
رواه احمد في مسنده والحاكم في مستدركه وسكت عنه
ولنا اطلاق قوله تعالى وانحر اي الاضحية والامر للوجوب
وقوله عليه السلام من كان له سعة ولم يضح فلا
يقربن مصلانا رواه احمد وابن ابي شيبة والحاكم
وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وما في السنن الاربعة
عن ابن عون عن ابي رملة عن مخنف بن سليم
قال كنا وقوفا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعرفات فقال يا ايها الناس على كل اهل بيت في كل
عام اضحية وعتيرة اتدرون ما العتيرة هي التي
يقول الناس انها رجبية انتهى والعتيرة منسوخة
فالاضحية باقية على وجوبها فيذبح عن نفسه شاة
او سبع بدنة ولا يذبح عن طفله الغني في ظاهر
الرواية ولا يجب عن طفله الغني من ماله في اصح
ما يفتى به كما في شرح الوافي وقال بعض مشايخنا
على الاب او الوصي ان يذبح من ماله عند ابي حنيفة
ومعنى قوله ويضحي الاب او الوصي من مال طفل
وفي الهداية انه الاصح فيأكل الطفل منه وما يبقى
يبدل بما ينتفع بعينه كالخف والثوب لا بما ينتفع
باستهلاكه كالخبز ونحوه واول وقتها بعد صلاة
العيد ان ذبح في مصر لما رواه البخاري عن انس انه
عليه السلام قال من ذبح قبل الصلاة فليعد ومن
ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وما اخرجه الشيخان
عن البراء بن عازب قال قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم ان اول ما نبدأ في يومنا هذا ان نصلي ثم
نرجع فننحر فمن ذلك فقد اصاب سنتنا ومن ذبح قبل
فانما هو لحم قدمه لاهله ليس من النسك في شيء وفي
سنن ابي داود فقام ابو بردة بن نيار فقال يا رسول
الله لقد نسكت قبل ان اخرج الى الصلاة وعرفت
اليوم يوم اكل وشرب فتعجلت واطعمت اهلي
وجيراني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
تلك شاة لحم فقال ان عندي عناقا جذعة
وهي خير من شاتي لحم فهل يجزي عني فقال اذبحها
ولن يصلح لغيرك كذا في المواهب وفي الشمني اخرج
الشيخان عن البراء بن عازب قال ضحى خال لي ابو بردة
قبل الصلاة فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم تلك شاة لحم فقال يا رسول الله ان عندي
جذعة من المعز فقال ضح بها ولا تصلح لغيرك من
ضحى قبل الصلاة فانما ذبح لنفسه ومن ذبح بعد
الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره اي في غير
مصره والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو
كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز وقت
الفجر ولو كانت في المصر والمضحي في السواد لا يجوز
الا بعد الصلاة لانها تسقط بالهلاك قبل مضي
ايام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب
فيعتبر فيها مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل
كالزكاة بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها
مكان الفاعل لانها تتعلق به في الذمة **واخره قبيل**

غرو

غروب اليوم الثالث من ايام النحر لما روى مالك
في الموطأ عن نافع عن ابن عمر انه كان يقول الاضحى
يومان بعد يوم الاضحى وقال مالك وبلغني ان علي
ابن ابي طالب كان يقول مثل ذلك فان لم يصل
الامام ذبح هو والناس بعد الزوال وعند الشافعي
اذا مضى من الوقت مقدار ما يصلي فيه صلاة العيد
عادة جازت الاضحية بعد ذلك لانهم لو صلوا
جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتأخير الامام
الصلاة كما لو زالت الشمس قلنا الواجب مراعاة
الترتيب المنصوص وما بقي وقت الصلاة فمراعاة
الترتيب ممكن بخلاف ما بعد الزوال فقد خرج
وقت صلاة العيد بزوال الشمس في هذا اليوم
فلهذا يجوز التضحية بعده **واعتبر الاخر** اي اخر
وقت النحر **للفقير وضده** الغني **والولادة والموت**
فان كان انسان غنيا في اول الوقت فقيرا في اخره
لا يجب عليه وان كان فقيرا في اوله غنيا في اخره
يجب عليه وان ولد في اليوم الاخير يجب وان
مات فيه لا يجب كما اعتبر اخر وقت الصلاة في حق
الحيض والطهر واخر وقت المسح على الخفين في حق
السفر والاقامة **وكره الذبح في الليل** لاحتمال الغلط
ويقضي الناذر انه يضحي بهذه الشاة اذا لم يضح
حتى مضت ايام النحر **ويقضي فقير شرى الاضحية**
ولم يضح حتى مضت الايام **يتصدق بها حية** الباء
تتعلق بيقضي **ويقضي الغني** اذا مضت الايام
يتصدق بقيمتها سوى **شرى** اي الاضحية **او لا** وان

تعيبت قبل اضجاعها للذبح وهي لغني بدلها بغيرها
لعدم اجزائها عنه بخلاف الفقير فانه ليس عليه
اضحية وانما لزمته بالتزامه في هذا المحل بعينه
ولهذا لو هلكت لم يلزمه شيء وصح الجذع من الضأن
وهو عند الفقهاء ما تم له ستة اشهر والثني فصاعدا
من غيره لما اخرجه مسلم عن جابر قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا
ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن وهو
اي الثني ابن حول من الضأن والمعز وابن حولين
من البقر وابن خمس من الابل ويدخل في البقر الجاموس
لانه من جنسه ويذبح في الاضحية الثولاء وهي المجنونة
والجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق بها
مقصود والخصي لان لحمه اطيب ولما روى ابو داود
وابن ماجه من حديث جابر واحمد من حديث
عائشة وابي هريرة وابي رافع وابي الدرداء ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم ذبح يوم النحر كبشين
اقرنين املحين موجوئين وروي موجيين قال
ابن المنذر اي منزوعي الانثيين قاله ابو موسى
الاصبهاني وقال الجوهري الوجاء بالكسر والمد رض
عرق الانثيين وقال ابن الاثير منهم من يرويه
بغير همز فيكون من وجيته وجيا ويذبح الجرباء
ان كانت سمينة ولم يتلف جلدها لانه لا يخل
بالمقصود ولا عجفاء اي لا يذبح في الاضحية عجفاء
ولا عرجاء بحيث لا تمشي الى المنسك اي المذبح لما
اخرجه اصحاب السنن الاربع ومالك في الموطأ

من

من حديث البراء بن عازب قال قام فينا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال اربع لا تجزي في الضحايا
العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها
والعرجاء البين ضلعها والكبيرة التي لا تنقي
بمثناة فوقية مضمومة فنون ساكنة فقاف
مكسورة اي يبلغ بها العجف الى حد لا يكون في عظامها
نقي اي مخ وقال مالك والترمذي عوض الكبيرة
العجفاء ولا ما ذهب اكثر ثلث اذنها او عينها
او اليتها او ذنبها وهذا عند ابي حنيفة ويروى عنه
الربع والثلث وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي اكثر
من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار
ابي الليث وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما
وان مات احد سبعة اشتركوا في بقرة او بعير
للاضحية وقال ورثته اذبحوها عنه وعنكم صح
والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف
كبقرة اي كما يصح بقرة عن اضحية ومتعة
وقران لاتحاد المقصود وهو القربة وان اختلفت
جهاتها وان كان احدهم اي احد السبعة كافرا او مريدا
للحم لا اي لا يصح عن احد لان الكافر ليس من اهل
القربة وقصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض
قربة لم يقع الكل اذ الاراقة لا يتجزى في حق القربة
وياكل المضحي منها اي من اضحيته ويوكل اي
يطعم الاغنياء والفقراء ويدخر منها لما روى
مسلم عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم يا اهل المدينة لا تاكلوا

لحوم الاضاحي فوق ثلاث فشكوا الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان لهم عيالا وحشما وخدما فقال
كلوا واطعموا واحبسوا وادخروا وروى البخاري
عن سلمة بن الاكوع قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة وفي
بيته منه شيء فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول
الله نفعل كما فعلنا العام الماضي قال كلوا واطعموا
وادخروا فان ذلك العام كان بالناس جهد فاردت
ان تعينوا فيه ولانه لما جاز اكل المضحي منها وهو
غني جاز ان ياكل الغني وندب التصدق بثلثها
لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار والاطعام لما ذكرنا
من الاحاديث فانقسمت الاضحية عليها اثلاثا
والاطعام التصدق لما في رواية تصدقوا بدل
اطعموا ولقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر والقانع
السائل يقال قنع قنوعا كخضع اذا سال وخضع وقنع
قناعة كفرح اذا رضي بما عنده وبما يعطى من غير
سوال والمعتر المعترض بغير السوال او المراد
بالقانع الراضي وبالمعتر المعترض بالسوال وهو الاظهر
وندب تركه اي ترك التصدق بثلثه لذي اي لصاحب
عيال توسعة عليهم هذا كله في الاضحية المسنونة
والواجبة بغير النذر واما الواجب بالنذر فليس
لصاحبها ان ياكل شيئا منها ولا ان يطعم الاغنياء
سوا كان الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق
وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته ولا ان يطعم
غنيا وندب للمضحي الذبح بيده ان احسن الذبح لانه

قربة

قربة والاولى في القرب التي تقبل النيابة ان يتولاها
صاحبها بنفسه وقد نحر النبي صلى الله عليه وسلم
ثلاثا وستين بدنة بيده الشريفة في حجة الوداع
عدد سني عمره الكريم والا اي وان لم يحسن الذبح
بيده امر غيره بذبحها وينبغي ان يشهدها بنفسه
لما روى الحاكم في مستدركه والبيهقي في سننه والطبراني
في معجمه عن عمران بن حصين ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لفاطمة قومي الى اضحيتك فاشهديها ها
فانه يغفر لك عند اول قطرة من دمها كل ذنب
عملته وقولي ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي
لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت
وانا من المسلمين قال عمران قلت يا رسول الله هذا
لك ولاهل بيتك خاصة ام للمسلمين عامة فقال
بل للمسلمين عامة وفي المستدرك عن ابي سعيد
الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لفاطمة قومي الى اضحيتك فاشهديها فان لك باول
قطرة يقطر من دمها ان يغفر لك ما سلف من
ذنوبك قالت فاطمة يا رسول الله هذا لنا اهل
البيت خاصة او لنا وللمسلمين عامة قال لا بل لنا
وللمسلمين عامة وكره ذبح الكتابي الاضحية لان
ذبحها قربة والكتابي ليس من اهلها لكن لو امره
صاحبها فذبح جاز لانه من اهل الذكاة ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمله الة يستعمل في
البيت او يبدله بما ينتفع به باقيا كالنطع والجراب
والغربال لان الانتفاع بها غير محرم ولانه يجوز الانتفاع

باللحم وكذا بالجلد او يبدل له بما ينتفع به باقيا لان للبدل حكم المبدل فقيد بقوله باقيا لانه لا يبدل بما ينتفع به مستهلكا كالخل والملح والابزار اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى انه يتصرف على قصد التمول فان بيع الجلد بنقد ونحو ذلك اي غير ما ينتفع به باقيا يتصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح واما ما رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه في تفسير سورة الحج عن الحج الاعرج عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من باع جلد اضحيته فلا اضحية له وكذا رواه البيهقي في سننه فيفيد كراهة البيع لانه جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولو غلط اثنان وذبح كل منهما شاة صاحبه صح عنهما بلا غرم عليهما خلافا لزفر وهو القياس لانه ذبح شاة غيره بغير امره ويضمن كل منهما شاة الآخر عنده ووجه الاستحسان تعينها للاضحية والاذن حاصل دلالة بجري العادة بالاستعانة بالغير في امر الذبح واذا صح الذبح عنهما ياخذ كل منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمن الآخر لانه بمنزلة وكيله ويحلل كل منهما صاحبه ان كان كل منهما اكل ما ذبحه لان صاحبها لو اطعمه الكل جاز وان كان غنيا فكذا اذا احله منه وان تشاحا كان لكل منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن لحم اضحيته فصار كما لو باع اضحيته فانه يجب عليه ان يتصدق بالثمن وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له وصح التضحية بشاة

النصب وضمن قيمتها ولم يجز عند زفر وهو قول الائمة الثلاثة لانه حين ضحى بها لم يكن مالكها وانما ملكها عند اداء الضمان مستندا الى الغصب السابق فكانت التضحية واردة على ملكه لا الوديعة اي لا يصح التضحية بشاة الوديعة لانها لا تصير ملكه الا بعد الذبح فكانت التضحية في غير ملكه وضمنها اي شاة الغصب والوديعة لحصول التعدي منه بالذبح وضمانها بالقيمة وكره الانتفاع بلبن الاضحية وجز صوفها قبل الذبح لانه اعدها للقربة بجميع اجزائها فلا ينبغي ان يصرف شيئا منها الى حاجة نفسه لانه يشبه الرجوع عن الصدقة بخلاف ما بعد الذبح لان القربة اقيمت بالذبح والانتفاع بعد اقامة القربة مطلق كالاكل

كتاب الصيد

مصدر بمعنى الاصطياد ويطلق على المصيد تسمية للمفعول بالمصدر والاصطياد حلال في غير الحرم ولغير المحرم والمصيد يحل ان كان ماكولا لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا والامر للاباحة وقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما يحل صيد كل ذي ناب وذي مخلب اي يحل الاصطياد بكل منهما لقوله تعالى يسألونك ماذا احل لهم قل احل لكم الطيبات وما علمتم عطف على الطيبات على ان ما موصولة اي واحل لكم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه فقوله وما علمتم عطف على الطيبات على ان ما موصولة

اي واحل لكم صيد ما علمتم او ما شرطية وجوابها فكلوا
والجوارح الكواسب من سباع البهايم والطير كالكلب
والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والمكلب
مودب الجوارح ومضريها لصاحبها ورايضها لذلك بما
علم من الحيل وطرق التاديب واشتقاقه من الكلب لان
ذلك اكثر ما يكون في الكلاب او لان السبع يسمى كلبا
واستثنى الخنزير فان الاصطياد به لا يجوز بالاجماع
لنجاسة عينه **بشرط علمهما** اي تعلم ذي الناب وذي
المخلب باخذ الصيد لقوله تعالى وما علمتم ولقوله
عليه السلام لثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت
اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فادركت
ذكاته فكل رواه احمد والبخاري **و** بشرط **جرحهما** في اي
موضع كان لتحقق الذكاة الاضطرارية وليتوافق اصل
المعنى اللغوي من الجراحة في الجوارح وان كان نقل الجرح
الى معنى الكسب ومنه قوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار
وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يشترط وهو قول
الشافعي لاطلاق قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم
من غير تقييد بالجرح وقيل هذا رجوع منهما الى تاويل الجوارح
بالكواسب كما قال تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي
كسبتم وثمة ان لها تاويلا اخر وهو ان يكون جارحا
بنابه او بمخلبه ويمكن حمله عليهما فيشترط ان يكون
من الكواسب التي تجرح ليعمل بالجرح بتعين والاصل
عند اهل التاويل ان اللفظ اذا كان له تاويلات مختلفة
وامكن الجمع بينها يتعين بجمعها كما في قوله تعالى ان
ابراهيم كان امة قانتا لله حنيفا قيل في تفسيره سلا

وقيل

وقيل معلما وقيل حاجا فيقول بجميعها كاطلاق المشترك
ووجه الظاهر ان المقصود اخراج الدم المسفوح
وهو بالجرح عادة فاقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية
والرمي بالسهم ولانه لو لم يجرحه صار موقوذة وهي
محرمة بالنص **و** بشرط **ارسال مسلم او كتابي** لان
ذا الناب والمخلب بمنزلة آلة الذبح ولا يحصل بمجرد
الآلة بل باستعمالها وذلك فيهما بالارسال والكتابي
اهل للذكاة الاختيارية فيكون اهلا للاضطرارية
بخلاف المجوسي والوثني والمرتد **مسميا** اي حال
كون المسلم او الكتابي مسميا عند الارسال فمتروك
التسمية عامدا لا يحل وناسيا يحل لما بيناه في
الذبائح لقوله تعالى واذكروا اسم الله عليه ولقوله
عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك
فاذكر اسم الله تعالى فان امسك عليك فادركته
حيا فاذبحه وان ادركته قد قتل ولم ياكل منه
فكله فان اخذ الكلب ذكاة رواه احمد والشيخان **على**
ممتنع اي ممتنع متعلق بارسال واحترز به عن الارسال
على غير الممتنع بقوايمه او بجناحيه فلو اخذ الكلب
ونحوه صيدا قد قيد في شبكة او سقطت في بير او
نحوه اخذه لم يحل بمجرد جرحه اياه لانه خرج بهذه
العوارض عن الامتناع **متوحش** احترز به عن
المستانس **يوكل** لان الكلام فيما يحل اكله بالصيد
فلا بد ان يكون مما يوكل **و** بشرط **ان لا يشارك المعلم**
ما لا يحل صيده وهو كلب غير معلم او كلب مجوسي
او كلب لم يرسل للصيد او كلب ارسل وترك التسمية

عليه عمدا لما اخرجه اصحاب الكتب الستة عن عدي
ابن ابي حاتم قال قلت يا رسول الله اني ارسل كلبي
فاجد معه كلبا اخر لا ادري ايهما اخذه فقال لا تاكل
فانما امسك على نفسه وفي لفظ قلت يا رسول الله
اني ارسل الكلاب المعلمة فيمسكن علي واذكر اسم
الله قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
فكل ما امسك عليك قلت وان قتل قال ما لم يشركه كلب
ليس معه وفي رواية لاحمد والشيخين اذا ارسلت
كلبك فاذكر اسم الله عليه فان وجدت مع كلبك
كلبا غيره وقد قتل فلا تاكل فانك لا تدري ايهما قتله
ولانه اجتمع الاباحة والحرمة فغلبت الحرمة **و** بشرط
ان لا تطول وقفته اي توقف ما ارسل بعد الارسال
لانه اذا طال وقوفه **بعد الارسال** لم يكن اصطياده
مضافا الى الارسال **ويعلم** اي يعرف **المعلم** بالصيد
في كل الكلب والباز **بترك اكل الكلب ثلاث مرات
ورجوع البازي بدعائه** عند ابي حنيفة ومحمد لان علامة
التعلم ترك ما هو مالوف عادة والبازي متوحش
متنفر فكانت الاجابة علامة تعلمه والوثوب والكلب
الوف لا يترك الاكل عادة فكان علامة تعلمه ترك اكله
وانما قدر بثلاث مرات لانه ربما يترك الاكل لشبعه
فقدر له مدة ضربت للاختبار كما في مدة الخيار وعن
ابي حنيفة لا يثبت التعلم الا ان يغلب على الظن
انه تعلم الحكم ولا يقدر بشي لان المقادير تعرف بالنص
لا بالاجتهاد ولا نص فيفوض الى راي المبتلي به
ورواية الحسن عنه كقولهما **فان اكل الكلب بعد**

تركه

[illegible]

194 **بعد تركه ثلاثا تبين جهله** عندهما **ولا يوكل ما قد
صاد** قبل اكله **وبقي في ملكه** الى ملك مالكه من
الصايد وغيره سواء لم يكن محرزا بان كان في المفازة
بعد او قد احرزه بالاتفاق او كان محرزا وقد احرزه عند ابي حنيفة
واما عندهما فيوكل لان الاكل لا يدل على الجهل بما تقدم لان
الحرفة تنسى بخلاف المحرز لانه صيد من وجه لعدم الاحراز
بحرم احتياطا ولابي حنيفة ان اكل الكلب علامة
الجهل من الابتداء لان الحرفة لا ينسى اصلها فاذا اكل تبين الاول
انه انما كان للشبع لا للتعلم ولو شرب الكلب من دم الصيد
ولم ياكل منه حل لانه ممسك عليه وهذا غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح **و** لا
يوكل **ما يصيد الكلب حتى يتعلم** فاذا ترك ثلاثا لا يوكل
الاكل الاول ولا الثاني اتفاقا ولا الثالث عندهما خلافا
لابي حنيفة واما ان اكل البازي ونحوه منه فلا يحرم اتفاقا قا
لما روي عن ابن عباس في البازي يقتل الصيد وياكل منه
قال كل **وشرط الحل مثلا بالرمي** اي الاخاذ وهو متعلق
بالحل والجر **التسمية** وهذا عند مالك وبه قال مالك
وذلك لان الرمي كالذبح لكون السهم آلة ولقوله عليه
السلام لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه
فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء رواه
الشيخان وزاد مسلم فانك لا تدري الماء قتله او سهمك
والجرح اي وشرط حله به الجراحة ليتحقق معنى الزكاة
وان لا يقعد عن طلبه ان غاب الصيد حال كونه **متحاملا
سهمه** لما روي ابن ابي شيبة في مصنفه والطبراني
في معجمه عن ابي رزين عن النبي صلى الله عليه وسلم

في الصيد يتوارى عن صاحبه قال لعل هوام الارض
قتلته وروى عبد الرزاق نحوه عن عايشة مرفوعا
بلفظ ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم بظبي
قد اصابه بالامس وهو ميت فقال يا رسول الله
عرفت فيه سهمي وقد رميته بالامس فقال لو اعلم
ان سهمك قتله اكلته ولكن لا ادري وهوام الارض كثيرة
وفي مراسيل ابي داود عن الشعبي ان اعرابيا اهدى
الى النبي صلى الله عليه وسلم ظبيا فقال من اين
اصبت هذا قال رميته فطلبته فاعجزني حتى ادركني
المسا فرجعت فلما اصبحت اتبعت اثره فوجدته
في غار وفيه مشقصي فما عرفه قال بات عنك
ليلة فلا امن ان يكون هامة اعانتك عليه فلا
حاجة لي فيه هذا ولكنه يخالفه صريح ما في صحيح مسلم
واحمد وابي داود والنسائي عن ابي ثعلبة الخشني
عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يدرك صيده
بعد ثلاث فانه كله ما لم ينتن وكذا ما في صحيح البخاري
ومسلم والنسائي عن عدي بن حاتم وان رميت سهمك
فاذكر اسم الله فان غاب عنك يوما ولم تجد فيه فكل
ان شيت وان وجدته غريقا في الما فلا تاكل فانك
لا تدري الما قتله او سهمك وفي مسلم عنه ايضا انه قال
النبي صلى الله عليه وسلم يرمي احدنا الصيد فيقتفي
اثره اليومين والثلاث ثم يجده ميتا وفيه سهمه
قال ياكل ان شا وفي سنن الترمذي والنسائي عنه
ايضا قال قلت يا رسول الله انا اهل صيد وان
احدنا يرمي الصيد فيغيب عنه الليلة والليلتين

فيتبع

فيتبع الاثر فيجده ميتا قال اذا وجدت فيه السهم فيه ولو
تجد اثر غيره وعلمت ان سهمك قتله فكله ولا شك ان
المصرح مقدم على الظاهر في الاستدلال اللهم الا ان
يقال ان الظاهر حاظر وهو مقدم على المبيح فان ادركه
المرسل او الرامي حيا ذكاه لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالبدل لان المقصود هو الاباحة ولا يثبت قبل
موته فان تركها اي الذكاة عمدا حرم لانه ميتة لان الواجب
فيه الذكاة الاختيارية ولم يفعل وهذا اذا تمكن من ذبحه
ولم يذبحه او لم يتمكن وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يحل
وهو قول الشافعي لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة
الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل
وهنا لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا وجد الماء
وبينه وبينه سبع او عدو واما اذا لم يتمكن من ذبحه وكان
فيه من الحياة بقدر ما في المذبوح بان لم يبق الا اضطراب
كاضطراب المذبوح فانه يحل اتفاقا لان هذا القدر من
الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما واذا كان ميتا حكما
لا يكون محلا للذبح قال الصدر الشهيد ان هذا وفاق
وقيل هو قولهما وعند ابي حنيفة لا تحل الا اذا ذكاه
بناء على ان الحياة الخفية معتبرة عنده غير معتبرة
عندهما وقال بعض المشايخ اذا لم يتمكن لفقد الالة
لم يوكل اتفاقا لان التقصير من قبله حيث لم يحمل
الة الذكاة معه وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يوكل عندنا
وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل يحل استحسانا
لانه لم يقدر على الاصل بضيق الوقت فيثبت ذكاة

لاضطراره موجب للحل وبالاستغناء اخذ الامام فخر
الدين قاضي خان ولنا انه بالوقوع في يده لم يبق صيدا
فلم يبق حكم ذكاة الاضطرار فيه وصار كما لو خنقه
الكلب ولم يجرحه كما حرم الصيد اذا قتله معراض
وهو السهم الذي لا ريش له بعرضه متعلق بقتل وانما
حرم لما روى اصحاب الكتب الستة عن عدي بن حاتم
قال قلت يا رسول الله اني ارمي بالمعراض الصيد فاصيد
اذا اصاب بحده فكل واذا اصاب بعرضه فقتل فلا تاكل
فانه وقيذ او قتله ببندقة ثقيلة ذات حدة لان البندقة
تكسر ولا تجرح فكانت كالمعراض ولانه عليه السلام نهى
عن الحذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر السن وتفقا
العين رواه احمد والشيخان فقيد بالثقيلة لانها لو
كانت خفيفة ذات حدة لم يحرم لتيقن الموت
بالجرح والاصل انه ان حصل بالجرح بيقين يوكل وان
حصل بالثقل او شك فيه لا يوكل فيه حتما او احتياطا
او رمى فوقع الصيد في ماء او على سطح ثم على الارض
لاحتمال انه مات بغير الرمي اذ كل من الماء والسقوط
من علو مهلك اما الماء فلما روينا من قوله عليه السلام
الا ان يجده قد وقع في ماء واما التردي فلقوله تعالى
والمتردية اما لو وقع على الارض ابتداء اكل استحسانا
لانه لا يمكن الاحتراز عنه اذ في اعتباره سد باب
الاصطياد ويعتبر الزجر وهو الاغراء بالصياح عليه
والانزجار اظهار زيادة الطلب فيما انفلت الجارح
فيرسل فان الزجر عند عدم الارسال اقيم مقام
الارسال لان انزجاره عقيب زجره دليل على طاعته

فاذا لم يرسل الكلب احد وزجره مسلم فانزجر فاخذ
الصيد حل ولو زجره مجوسي فانزجر فاخذ الصيد
حرم ولو اجتمعا اي الارسال والزجر من مسلم ومجوسي
او محرم او مرتد او تارك التسمية عمدا يعتبر الارسال
لان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله لا بما هو دونه والزجر
دون الارسال لكونه بناء عليه وان اخذ المرسل غير
ما ارسل اليه حل لانه لا يمكن تعليمه على وجه ياخذ
ما عينه لاخذه فسقط اعتباره كصيد اي كحل صيد
رمي فقطع عضو منه لوجود الجرح لا العضو اي لا يحل
العضو لانه مبانة لما اخرجه ابو داود والترمذي وقال
حديث حسن عن ابي واقد الليثي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال ما قطع من البهيمة وهي
حية فهو ميتة زاد الترمذي قال وقدم النبي صلى
الله عليه وسلم المدينة وهم يجبون اسنمة الابل
ويقطعون اليات الغنم فقال صلى الله عليه
وسلم ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميت وفي
المستدرك عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم سئل عن قطع اليات الغنم وجب
اسنمة الابل فقال ما قطع من حي فهو ميت وقال
حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه فان
قطع الصيد ثلاثا واكثره مع عجزه او قطع نصف
راسه او اكثر او قد اي شق بنصفين اكل كله لان المبان
منه في الصورة الثلاثة صورة لا حكما اذ لا يتوهم
بقاء الحياة فيه وصار كما لو ابين راسه في الذكاة الاختيارية
وذلك ان فيه من الحياة بقدر المذبوح ولهذا لو وقع في

الماء وبه هذا الفرس الجباة او تردى من جبل او سطح
لا يحرم ولو رمى صيدا فرماه آخر فقتله فهو للاول وحرم
لاحتمال موته بالرمي الثاني وهو ليس بذكاة له لوجود
القدرة على الذكاة الاختيارية وضمن الثاني له اي للاول
قيمته مجروحا ان كان الاول اثخنه بان اخرجه عن حيز
الامتناع لانه اتلف صيدا مملوكا للاول لانه ملكه بالرمي
المثخن وقيمة التلف يعتبر يوم الاتلاف فيلزمه
قيمته ناقصا بالمرض او الجرح والا اي وان لم يثخنه
الاول فللثاني اي فالصيد للثاني لانه هو الصايد له
وهو صيد بعد وقد قال صلى الله عليه وسلم الصيد
لمن اخذ لا لمن اثاره رواه ابا حمدون في التذكرة من حديث
ابي هريرة وحل لانه ذكاه ذكاة اضطرارية وهو حينئذ
مما يذكي به ويصاد مما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لاطلاق الاية
ولان الصيد ما لا يؤكل سبب للانتفاع بجلده او شعره
او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كتاب
اللقيط واللقطة والابق اللقيط لغة فعيل بمعنى
مفعول من لقطه اذا رفعه من الارض وعرفا غلب
على الصبي المنبوذ لانه بصدد ان يلقط وشرعا
مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا
من تهمة الريبة سمي بما يؤول اليه او بما هو مشرف
عليه كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه
ومضيعه اثم ومحرزه غانم لما في احرازه من احياء النفس
وفي اهماله من التسبب لهلاكها وقد قال تعالى
كتبنا على بني اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس
او فساد في الارض فكانما قتل الناس جميعا ومن احياها

> بجرح الاول كما لو اتلف عليه ثوبا
> او شاة مجروحة فانه يضمن قيمته
> ناقصا بالجرح

فكانما

فكانما احيا الناس جميعا وكذا رفعه اي اللقيط
احب من تركه اذا لم يخف هلاكه بان كان في مصر لما
في رفعه من الترحم وفي تركه من عدمه وان خيف
هلاكه بان كان في مفازة او بئر او مسبعة يجب
صيانة له عن الهلاك ووجوبه فرض كفاية لقوله
تعالى وتعاونوا على البر والتقوى لحصول المقصود
بالبعض وقال مالك والشافعي واحمد رفعه ان لم
يخف هلاكه فرض كفاية لقوله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى وان خيف فرض عين كمن راى
اعمى يقع في البئر فانه يفترض عليه حفظه من
الوقوع كذا ذكروه وفيه ان هذا اذا كان هنالك
شخص واحد فظاهر فانه يصير فرض عين
عليه اجماعا واما اذا كان جماعة فلا شك انه فرض
كفاية ان خيف هلاكه والا فيستحب كما للقطة فان
رفعها احب من تركها ان لم يخف ضياعها او من
نفسه عليها وواجب ان خاف ضياعها ومكروه ان
خاف من نفسه عليها وقال بعض التابعين يحل
رفعها والافضل تركها وبه قال احمد وعن الشافعي
اذا لم يامن عليها وجب رفعها لقوله تعالى والمؤمنون
بعضهم اولياء بعض واذا كان المؤمن ولي المؤمن وجب
عليه حفظ ماله وقال مالك ان كانت شيئا له بال
فرفعه احب لان فيه حفظ مال المسلم فكان اولى
من تضييعه وهو اي اللقيط حر الا بحجة رقه
لان الاصل في بني ادم الحرية ولقضاء علي رضي
الله عنه في اللقيط انه حر وقرا هذه الاية وشروه

بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين
رواه البيهقي **ونفقته وجنايته في بيت المال وارثه**
له اي يوضع فيه اما الارث والارش فلان الخراج بالضمان
واما النفقة فلما روى مالك في الموطا في كتاب الاقضية
عن ابن شهاب الزهري عن سنين ابي جميلة رجل
من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه قال فجئت به الى عمر فقال ما حملك
على اخذ هذه النسمة قال وجدتها ضائعة فاخذتها
فقال له عريفه يا امير المومنين انه رجل صالح قال
اكذلك قال نعم فقال عمر اذهب به فهو حر وعلينا
نفقته وفي المغرب عريفه الذي يعرفه ويبينه
معرفة وفي رواية عبد الرزاق فقال له عسى الغوير
ابؤسا وهو مثل مضروب لما يكون باطنه بخلاف
ظاهره واول من تكلم به الزباء الملكة حين رات
الصناديق فيها الرجال وقد اخبرت ان فيها الاموال
فلما احست بذلك انشات شعرا هذا اخره فصار
كلامها مثلا وكان عمر ظن ان هذا الرجل جاء اليه
بولده يزعم انه لقيط ليستوفي منه نفقته فلهذا
ذكر هذا المثل **ولا يوخذ من اخذه** الا باذنه بسبق
يده ولو دفعه الى غيره ليس له ان يسترده منه لانه
رضي باسقاط حقه **ويثبت نسبه** استحسانا
من مدعيه ولو كان مدعيه رجلين ليس احدهما الملتقط
ولا سبقت دعوته **او لم يصف منهما علامة** لان
الظاهر شاهد له وانما يثبت نسبه من اثنين لاستوائهما
في دعوى نافيه تقوله وعندنا يثبت النسب من

اثنين

اثنين في باب الاستيلاد اذا استويا في الحجة واما لو كان
احدهما الملتقط او سبقت دعوته لكان اولى لترجح
الملتقط باليد وسابق الدعوة بثبوت حقه في زمان
لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة لانها اقوى
وقال الشافعي واحمد يعتبر قول القافة اذا ادعاه اثنان
ولم يسبقا بحق بهما وصف احدهما علامة او لم يصف
او بينا وتعارضا واذا اشتبه على القافة يوقف ولو
الحقه القافة بهما لحق بهما عند احمد ولو ادعاه امراتان
يثبت منهما عند ابي حنيفة رحمه الله كالرجلين
وعندهما لا يثبت لان ثبوت النسب من المراة متعلق
بحقيقة الولادة وولادته منهما محال **او** كان مدعيه
عبدا لان في ثبوت نسبه له نفعا **وكان حرا** لان المملوك
قد تلد له الحرة ولدا فيكون تبعا لامه **او** كان مدعيه
ذميا وكان مسلما ان لم يكن في مقرهم اي مقر اهل
الذمة بان وجد في قرية من قرى المسلمين او في مسجد
اما اذا وجد في مقرهم بان وجد في قرية او في بيعة
او كنيسة كان ذميا وفي المبسوط ولو وجده مسلم
في مكان المسلمين ولم يدع احدهم باسلام وبه
قال مالك واحمد والشافعي ولو وجده كافر في مكان
اهل الكفر يحكم بكفره حتى لا يصلى عليه اذا مات
ولو وجده كافر في مكان المسلمين او مسلم في مكان الكفار
ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان في الفصلين لسبقه
ولان المسلم لا يضع ولده في البيعة والكافر لا يضع ولده
في المسجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد
لقوة اليد وفي رواية الاعتبار للاسلام نظرا للصغير

او للذمي كما في اختلاط موتانا بموتاهم في الحرب وفي المبسوط
ان اسلم الروايات اعتبار الاسلام لانه يعلو ولا يعلى
وما شد اي ربط من المال **عليه** اي على اللقيط او
على دابة هو عليها **له** اي للقيط اعتبارا للظاهر
في دفع دعوى الغير وللبد في الملك واصله القميص
الذي عليه **صرف اليه** اي الى مصالح اللقيط بامر
القاضي لانه مال ضايع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه
وقيل يعني اذن القاضي لانه للقيط ظاهرا فان دفعت
يد الغير عنه فبقي المال ضايعا فيصرف في مصالحه
على انه له او لبيت المال او لانه للقيط ظاهرا وله
ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة
ولان الظاهر ان واضعه انما وضع ذلك المال لثقة
لينفق عليه منه والبناء على الظاهر جايز ما لم يظهر
خلافه وهو مصدق في نفقته مثله عليه لانه امين
يخبر عما هو محتمل وينكر وجوب الضمان عليه فيقبل
قوله فيه كمن دفع مالا الى انسان وامره ان ينفق على
عياله فانه يقبل قوله في نفقة مثلهم **وللملتقط**
قبض هبته وصدقته لانه نفع محض له **وتسليمه في**
حرفة اي صناعة لانه من باب تاديبه لان من اشتغل بعمل
فلا يشتغل بالفساد **لا انكاحه** اي ليس للملتقط
انكاح اللقيط ذكرا كان او انثى لانعدام سبب الولاية
من القرابة والملك والسلطنة **ولا تصرف ماله**
لما قدمنا **ولا اجارته** في الاصح ويصح صلح الامام عن
ذمة بالدية لانه نفع للمسلمين لا عفوه لان ابطال حق
مسلم ويمنعه ابو يوسف من استيفاء القصاص لان

استيفاءه

استيفاءه لوليه وهو مجهول ولهما ان له استيفاءه
لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له والولي
اذا كان مجهولا لا يكون وليا لانه لا ينتفع به مع جهالته
فالتحق وجوده بعدمه **واللقطة** بضم اللام وفتح
القاف وسكونها المال الملقوط **امانة** سواء كانت
في الحل والحرم وسواء كانت متاعا او بهيمة وندب
رفعها لمن يثق من نفسه الامانة وهو قول علماءنا
وعامة الفقهاء لانه لو تركها لا يامن ان تصل اليها يد
خاينة فيكتمها عن مالكها ولانه يلتزم اداء الامانة في
رفعها والتزام اداء الامانة مفروض بمنزلة المشروع قال
تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وامتثال
الامر سبب لنيل الاجر والمتقشفة يقولون لا يحل
له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه
وذلك حرام شرعا وبعض المتقدمين من الايمة
التابعين كان يقول يحل له ان يرفعها والترك
افضل لان صاحبها انما يطلبها في المواضع التي
سقطت منه اذا افتقدها فاذا تركها وجدها
صاحبها فيه ولانه لا يامن على نفسه ان يطمع فيها
بعد رفعها فكان معرضا نفسه للفتنة قلنا
نعم لكن الحكم بغلبة الظن والافضل مراعاة
الطرفين **ان اشهد** الاخذ **على اخذه انه** اخذه
ليرده على ربها ذكر الضمير باعتبار الملقوط ثم
انثه باعتبار اللقطة رعاية لمشابهتها تارة ولمثلها
اخرى وهذا نوع تفنن في العبارة وانما كانت
امانة لان اخذها على هذا الوجه ماذون فيه شرعا

فلا يكون مضمونة وشرط الاشهاد لما روي اسحاق بن راهويه
في سنده عن عياض بن حماد ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من اصاب لقطة فليشهد
ذا عدل ثم لا يكتم ولا يغيبها سنة فان جاء صاحبها
والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء قالوا ويكفي في
الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه
علي **وان لا** اي وان لم يشهد وادعى انه اخذها
للرد **ضمن** عند ابي حنيفة ومحمد **ان جحد المالك اخذه**
للرد وقال ابو يوسف لا يضمن لان صاحبها يدعي
سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما
في الغصب وهو قول مالك والشافعي واحمد
لان الاشهاد غير واجب عندهم بل مستحب وحاصل
ان الاشهاد شرط الامانة عند ابي حنيفة ومحمد
ويكتفي ابو يوسف ليكون امانة بقصد ردها
الى مالكها كمالك والشافعي وهو رواية عن محمد
والقول قوله في ذلك بيمينه ولهما انه اقر بسبب
الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه وادعى ما
يبريه وهو الاخذ لمالكه فلا يصدق كمن اخذ
مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه
اودعه اياه حيث لا يصدق الا بالحجة وفي الخانية
وهذا الاختلاف فيما اذا امكنه الاشهاد واما اذا لم
يمكنه عند الرفع او خاف انه لو اشهد باخذه لنفسه
الا عند القدرة على الاشهاد منه ظالم فترك
الاشهاد فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد
لا يدل على انه اخذه لنفسه الا عند القدرة على

الاشهاد

ق

الاشهاد قيد بجحود المالك لانه لو صدقه لا يضمن بالاتفاق
لان تصادقهما حجة عليه كالبينة ولو اشهد عند
الاخذ وعرفها ثم ردها لا يضمن بالاتفاق كذا قاله
الشارح والصواب انه في ظاهر الرواية وتوضيحه
انه اذا اعاد اللقطة الى موضعها الذي وجدها فيه
بعدما اخذها ليعرفها بريء من ضمانها لو هلكت
او استهلكها رجل قبل ان يصل اليها صاحبها
لان اخذها لم يكن سببا لوجوب الضمان عليه وكذلك
ردها الى مكانها اذ ندب باخذها ليعرف صفتها حتى
اذا سمع انسانا يطلبها وله علمها وقد يأخذها
ردها الى مالكها ثم يخشى في نفسه عجزا او طمعا
فردها الى مكانها فلهذا لا يضمن شيئا وانما الضمان
على مستهلكها وفي مختصر الحاكم ولا كذلك ان ردها
بعد ما حولها يضمن لانه بالتحويل التزم حفظها
وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل
بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لم يبرا من الضمان اتفاقا
لان الظاهر انه اخذها لنفسه فلا يبرا بغير الرد
على صاحبها **وعرف ما ينبغي** على سبيل الوجوب **في مكان**
وجدت بان نادى اني وجدت لقطة لا ادري مالكها
فليات مالكها وليصفها الا رددتها عليه **و** عرف
ايضا **في الجامع** لان ذلك اقرب الى الوصول الى
صاحبها **مدة لا يطلب بعدها** وهو يختلف باختلاف
اللقطة في قيمتها **و** عرف **ما لا يبقى الى ان يخاف**
فساده ثم تصدق لان في التصدق بها عوضا
اجلا وهو الثواب في العقبى او عاجلا وهو الضمان

في الدينار وروى محمد عن ابي حنيفة ان كانت اقل من
عشرة دراهم عرفها اياما على حسب ما يرى وان كانت
عشرة فصاعدا عرفها حولا وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه يعرف المائتين فما فوقها حولا اعتبارا
بالزكوة ويعرف العشرة فما فوقها شهرا وما دونها
الى ثلاثة دراهم اياما او شهرا ويعرف الثلاثة
الى الدراهم جمعة او ثلاثة والدرهم يوما والفلس
بالنظر يمنة ويسرة وقدر محمد في الاصل مدة التعريف
بالحول من غير تفصيل بين الكثير والقليل وهو
قول مالك والشافعي واحمد لما روى الشيخان عن
زيد بن خالد الجهني قال سأل رجل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها
سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان
جاء صاحبها فادها اليه والعفاص الوعاء الذي
يكون فيه النفقة من جلد او خرقة ونحوها والوكاء
الذي يشد به الكيس وغيره والصحيح ان شيئا
من هذه المقادير ليس بلازم وان تفويض التقدير
الى راي الاخذ لاطلاق حديث مسلم عن ابي بن كعب
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة
عرفها فان جاء احد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها
فاعطه اياها والا فاستمتع بها وفي رواية والا فهي كسبيل
مالك واحمد عن زيد بن خالد ايضا وفيه فان
جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها
فاعطها اياه والا فهي لك وان النبي صلى الله عليه
وسلم قد زاد على السنة ونقص منها اما الزيادة

فلما

ففي الصحيحين من حديث ابي بن كعب انه وجد
صرة فيها مائة دينار فاتى بها النبي صلى الله عليه
وسلم فقال له عرفها حولا فعرفها فلم يجد من يعرفها
ثم اتاه فقال عرفها حولا فعرفها فلم يجد من يعرفها
فقال له اعرف عددها الحديث واما النقصان فلما
في مصنف عبد الرزاق وغيره عن سعيد الخدري
ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه وجد دينارا
في السوق فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال
عرفه ثلاثة ايام فلم يجد من يعرفه فرجع الى النبي
صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال شانك به قال
فباعه علي وابتاع منه بثلاثة دراهم شعيرا و
بثلاثة دراهم تمرا وقضى ثلاثة دراهم
وابتاع بدرهم لحما وبدرهم زيتا وكان الدينار باحد
عشرة درهما فلما كان بعد ذلك جاء صاحبه فعرفه
فقال علي قد امرني رسول الله فانطلق صاحب
الدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فذكر ذلك له فقال لعلي رده اليه فقال قد اكلته
فقال النبي صلى الله عليه وسلم للرجل اذا جاءنا شيء
اديناه اليك ورواه ابو داود ولم يذكر فيه ثلاثة ايام
فعلم ان التقدير بالسنة ليس بعلة لازمة في كل
شيء وانما يعرف مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها
وذلك يختلف باختلاف المال وكثرته واما ورد من
التقييد بالسنة فلعله لكون اللقطة المسؤول
عنها كانت تقتضي ذلك او لان الغالب في اللقطة
ان يكون كذلك ولو كانت اللقطة شيئا يعلم ان

صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشر الرمان ألقاه اباحة حتى
جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك
مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيح
لا يزول بالاباحة قال شيخ الاسلام ولو كانت
متفرقة فجمعها الاخذ ليس للمالك اخذها بعد
جمعها لانها بصير ملكا له ثم وكذا الجواب في التقاط
السنابل بعد الحصاد وبه كان يفتي صدر الشهيد
فان جاز ربها بعد التصدق بها ان شاء اجاز التصدق
بها ولو بعد هلاكها لان التصدق لم يحصل باذنه
فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير فيها
قبل الاجازة فلا يتوقف الاجازة فيها على قيام المحل
ولا فرق بين ان يتصدق بامر القاضي او بغير امره
على الصحيح او ضمن الاخذ اي اخذ اللقطة لانه
سلم مال الغير بغير اذنه الا انه باباحة من جهة
الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول
مال الغير حال المخمصة وان شاء ضمن الفقير اذا كانت
اللقطة هلكت في يده لانه قبض ماله بغير اذنه
ولا يرجع الفقير الى الملتقط بما لحقه من الضمان
كما لا يرجع الملتقط على الفقير وان كانت قائمة اخذها
لانها عين ماله وبه قال مالك والثوري والحسن
ابن صالح وقال الشافعي واحمد اذا لم يجئ ربها بعد
التعريف ملكها الملتقط بحكم الشرع وصارت
كسائر امواله غنيا كان الملتقط او فقيرا لما في حديث
مسلم السابق عن ابي بن كعب في رواية والا فهي كسبيل
مالك ولنا ما اخرجه البزار في مسنده والدارقطني

في

في سننه عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة
فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه
فليرده اليه وان لم يأت فليتصدق به فان جاء فليخير
بين الاجر وبين الذي له وما انفق الملتقط على اللقطة
وكذا حكم اللقيطة بلا اذن الحاكم تبرع لقصور ولايته
عن ذمة المالك وصار كما لو قضى دين غيره بغير امره
وباذنه اي الحاكم دين على ربها لان للحاكم ولاية في
مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق
واجرانا في ما اي شيء له منفعة من البهائم وانفق
عليها من اجرتها لان في ذلك ابقاء للعين على ملك
المالك من غير الزام الدين عليه كالآبق اي كما ان
الآبق يفعل به ذلك وما لا منفعة له اذن القاضي بالانفاق
عليه ان كان الانفاق اصلح وجعل النفقة دينا على
مالكه لان القاضي نصب ناظرا لمصالح الناس وفي هذا
نظر لجانب المالك بابقاء عين ماله ولجانب الملتقط
بالرجوع والا اي وان لم يكن الانفاق اصلح بان كانت
النفقة تستغرق قيمة اللقطة باع القاضي اللقطة
وامر بحفظ ثمنها ابقاء لها معنى عند تعذر ابقائها
صورة قالوا وانما يأذن بالانفاق يومين او ثلاثة
على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فان لم يظهر
امر ببيعها لانه لا نظر في الانفاق مدة مديدة وللمنفق
حبسها لاخذ النفقة لانها حييت بنفقته فصار
المالك كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع
فان هلكت اللقطة بعد الحبس سقطت النفقة

التي حبست لاجلها لانها تصير بالحبس كالرهن فان بين
مدعيها اي اللقطة اي علامتها كان سمى الدراهم والدنانير
وعددها ووكاءها حل الدفع اي جاز دفعها اليه ولا يجب
الدفع بلا حجة وبه قال الشافعي وقال مالك واحمد
وداود وابن المنذر يجب الدفع بالعلامة لقوله عليه
السلام في الحديث السابق فان جاء احد يخبرك بعددها
ووعائها فاعطها اياه ولنا انه مدع وعلى المدعي البينة
والعلامة لا تدل على انها له اذ قد يقف الانسان على
علامة في مال صديقه ولا يقف على علامة في مال نفسه
والامر في قوله عليه السلام فاعطها اياه للاباحة ولو
دفعها بالعلامة ياخذ من صاحبها كفيلا بلا خلاف
لاحتمال ان يجيء غيره ويقيم البينة انها له فيضمنه ولا
يمكنه الرجوع على الذي اخذها لحقا به ولو دفعها بالعلا
مة فجاء اخر واقام بينة انها له فان كانت قائمة اخذها وان
كانت هالكة ضمن ايهما لتعديهما بالدفع والاخذ ورجع
الملتقط على الاخذ ولا يرجع الاخذ على احد وينتفع
الملتقط بها حال كونه فقيرا والا اي وان لم يكن الملتقط
فقيرا تصدق بها ولو على اصله وفرعه وعرسه لحصول
المقصود بالكل وهو التصدق على المحتاج ولو التقط
العبد شيئا بغير اذن مولاه يجوز عندنا وعند مالك
واحمد والشافعي في قوله فان اتلفه طولب ربه بقضاء
الدين او بالبيع سواء اتلفه قبل التعريف او بعده
وبه قال احمد والشافعي في وجه وعند مالك ان اتلفه
قبل التعريف يؤمر المولى بالدفع او الفداء وان اتلفه
بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق لان الشرع

اذن له

اذن له في الانتفاع فكان ضمانا بجنسه فلا يظهر في حق
المولى ويلتقط ابل وبقر وغنم ونحوها وجوبا ان خاف
ضياعها على مالكها من يد خائنة او لكونها في مضيعة
والا ندبا لما في الصحيحين عن ابي هريرة قال لما فتح الله
على رسوله مكة قام في الناس فحمد الله واثنى عليه
ثم قال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها
رسوله والمؤمنين وانها لم تحل لاحد كان قبلي وانها
احلت لي ساعة من نهار وانها لم تحل لاحد بعدي فلا
ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها
الا لمنشد الحديث وفي الكتب الستة عن زيد بن خالد
الجهني قال جاء رجل فسال النبي صلى الله عليه وسلم
عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها
سنة فان جاء صاحبها والا فشانك بها قال فضالة
الغنم قال هي لك او لاخيك او للذئب قال فضالة
الابل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد
الماء وترعى الشجر فذرها حتى يلقاها ربها وبهذا منع
مالك من التقاط الابل في الصحراء وحمله مشايخنا
على ما لم يخف ضياعها من يد خائنة بدليل قوله
حتى يلقاها ربها ويحل اخذ التفاح والكمثرى من
الانهار الجارية بين البساتين لان هذا مما يفسد
لو ترك وكذا اخذ ما يبقى من الثمار الواقعة تحت الاشجار
في غير الامصار على القول المختار لانه يعلم ان مالكه
لا يطلبه عادة ولو سيب صيده او دابته لعجزه عنها
فاخذها غيره واصلحها بان داواها وعلفها وسقاها
حتى صارت مما ينتفع بها فان قال عند التسييب جعلتها

لما اخذها ليس له ان ياخذها منه لان التمليك من المعلوم
صحيح والزيادة تمنع من الرجوع والا لم يحصل ذلك فجاز
له اخذها لما قدمنا من عدم جواز التمليك من المجهول
ولو اخذ نعله ووجد غيره مكانه لا يملكه لعدم تمليكه
من مالكه فيتصدق اسم فاعل من ابق وصيغة قوله ويصير
كاللقطة في الحكم لاحتمال ان يكون بغير من اخذه **ونُدب**
اخذ الابق وهو المملوك الذي فر من مالكه قصدا
اسم فاعل من ابق ومنه قوله تعالى اذ ابق الى الفلك
المشحون **لمن قوي عليه** اي قدر على اخذه وحفظه
الى ان يوصله الى سيده لما فيه من احياء ماله ونفعه
ولا خلاف في ذلك بين العلماء **وترك الضال** وهو
المملوك الذي ضل الطريق الى منزل مولاه **قيل احب**
وقيل يندب اخذه كالابق ووجه الاول وهو الفرق
ان الضال لا يبرح مكانه فيجده مالكه ولا كذلك
الابق ثم اخذ الابق ياتي به الى السلطان لانه لا يقدر
على حفظه بنفسه عادة بخلاف اللقيط واللقطة
وهذا اختيار السرخسي وقال الحلواني الابق الى
السلطان يحبسه تعزيرا له في اباقه واذا رفع الضال
اليه لا يحبسه لعدم ما يوجبه ولان الابق لا يؤمن عليه
الاباق ثانيا بخلاف الضال ولهذا لا يؤجره ان كان
له منفعة وينفق عليه من بيت المال دينا على
مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه وحفظ
ثمنه وفي المبسوط لو حبس السلطان الابق فجاء
واحد واقام بينة انه له يحلف بالله ما بعته ولا
وهبته ثم يدفعه اليه لانه يحتمل انه باعه او وهبه

ولا

ولا يعرف الشهود ذلك قلت وينبغي ان يحلفه بانه ما
اعتقه لوجود احتمال عتقه ولو دفعه باقرار العبد
بلا بينة ياخذ كفيلا ويجوز الدفع باقراره لان العبد
في يد نفسه فيعتبر اقراره كما لو ادعى الحرية **وللرادّه**
اي الابق **من مدة سفر** وهي ثلاثة ايام فصاعدا
اربعون درهما ولو كان ام ولد او مدبرا في حياة
المولى لانهما مملوكان له بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه
وبخلافهما بعد حياة المولى لان ام الولد يعتق بموته
فيكون حرة ولا جعل في رد الحر وكذا المدبر ان خرج
من الثلث وكذا ان لم يخرج عندهما لانه حر عليه
دين لان العتق لا يتجزى عندهما مكاتب عند ابي
حنيفة ولا جعل في المكاتب **وان لم يعدلها** اي لم يعدل
الابق الاربعين بان كانت قيمته اقل منهما وهذا عند
ابي يوسف وقال محمد يقضي له بقيمته الا درهما ليسلم
للمالك شيء تحقيقا للفائدة وهو رواية عن ابي حنيفة
ولابي يوسف انه ورد التقدير فلا ينقص عنها **ان اشهد**
انه اخذه للرد فيجب به لان الاشهاد شرط في اخذ الابق
على الاخذ عند ابي حنيفة ومحمد كما في اللقطة وعند
ابي يوسف ومالك والشافعي واحمد ليس بشرط ثم
القياس ان لا شيء لراده الا بشرط بان يقول كل من رد علي
ابقي فله كذا وهو قول الشافعي والنخعي وبعض اصحاب
احمد لان الراد بان يقول لكل من رد علي ابقي تبرع بمنافعه
في رده على سيده وهو لو تبرع بمنافعه في رد غيره
من اعيان ماله او في رد الضال لا يستوجب الاجر الا
بالشرط فكذا وهذا قال مالك له اجر مثله بقدر تعبه

ان كان ممن شانه طلب الاباق وان لم يكن فله نفقته عليه
وعن احمد ان رده من المصر فله عشرة دراهم وان رده من
خارجه تسوا رده من مدة سفر او لا فله اربعون درهما
ولنا ان الصحابة قد اتفقوا على الجعل وان اختلفوا في
مقداره فان محمدا روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
عن سعيد ابن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال
كنت قاعدا عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا
قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا فقال
عبد الله وجعلا ان شا من كل راس اربعين درهما
وروى عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري
عن ابي رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا
اباقا بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر
والغنيمة فقلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون
درهما من كل راس واخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن
قتادة وابي هاشم ان عمر قضى في جعل الابق باربعين
درهما وروى ايضا عن وكيع عن سفيان عن ابي اسحق
قال اعطيت الجعل زمن معاوية اربعين درهما وروى
ايضا عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل في جعل الابق
دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن علي انه
جعل الابق دينارا او اثني عشر درهما وروى هو وعبد
الرزاق عن عمرو بن دينار ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى في العبد الابق يوجد خارج الحرم
دينارا وعشرة دراهم والمفهوم من خارج الحرم
في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه ولهذا روي
عن عمار بن ياسر ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه

خارج المصر فله اربعون ولعله اعتبر الحرم كالمكان
الواحد على ان المروي عن ابن مسعود اقوى من الكل
فرجحناه وانما يوخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر في القوة
وفي المبسوط ولان الراد يحتاج الى معالجة ومونة في رده
وقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ففي ايجاب الجعل
له ترغيب له في رده واظهار الشكر من المردود اليه
لاحسان الراد اليه ثم ان الشافعي استحسن برايه
في هذه المسالة من وجه فقال لو ان المولى خاطب
قوما فقال من رد منكم عبدي فله كذا فرده احدهم
استوجب ذلك المسمى وهذا شي ياباه القياس لان
العقد مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك
ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة
خير من الاستحسان الثابت برايه اذ الشريعة قامت
بفتواهم الى اخر الدهر وليس لاحد ان يظن بهم الا
احسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل سابح
ولا يجيبه كل طالب **وفيما اقل منها** وقدر الابق من اقل
مدة سفر **بقسطه** اعتبارا للاقل بالاكثر **فان ابق**
من راده او مات عنده **لم يضمن** لانه امانة في يده وهذا
اذا اشهد **فان لم يشهد فلا شي له** من الجعل لان ترك
الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه عند ابي حنيفة
ومحمد **وضمن ان ابق منه** لانه ليس بامانة في يده **كتاب**
المفقود هو لغة مفعول من فقدت الشي غاب عني
وشرعا **غايب لم يدر اثره** اي موضعه ولا حياته ولا موته
مع حديث اهله في طلبه **وحكمه انه حي في حق نفسه**
استصحابا للحال **فلا تنكح عرسه** ولا يفرق بينه وبينها

لان النكاح حقه وهو حي في حق نفسه والتفريق
بالايلاء لدفع الظلم ولا ظلم من المفقود ولا يقسم ماله
لانه حي في حق نفسه فكذا في ماله لانه تبع له ولا يفسخ
اجارته لان الاستصحاب يصلح لابقاء ما كان وتقدم انه
ويقيم القاضي من يقبض حقه ويحفظ ماله لان القاضي
نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه
الصفة بل اقوى وفي نصب الحافظ لماله نظر له فصار
كالصبي والمجنون ويبيع ما يخاف فساده لانه لما تعذر
حفظه له بصورته كان النظر له في حفظه بمعناه وهو
ثمنه اما ما لا يخاف فساده فلا يبيعه لان القاضي لا ولاية
له على الغايب الا في حفظ ماله وينفق على ولده
وابويه وعرسه لان الاصل ان كل من يستحق النفقة
في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه
من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون لاعانة
وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق
عليه في غيبته لان النفقة حينئذ بالقضاء وهو
على الغايب ممتنع فمن الاول الولدان والاولاد الصغار
والاناث الكبار والذكور الزمنى الكبار ومن الثاني
الاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة واذا لم يكن
للمفقود مال وطلبت زوجته من القاضي ان يفرض
لها النفقة عليه كان ابو حنيفة يقول يجيبها
الى ذلك وهو قول ابراهيم ثم رجع الى قول شريح
وقال لا يجيبها اليه ووجه قوله الاول حديث هند
ووجه قوله الاخر ان نفقة الزوجة لا تصير دينا
الا بقضاء القاضي وليس له ان يوجه القاضي القضاء

علي

على الغايب وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان ارادت
اثباته بالبينة لم يسمعها القاضي عندنا خلافا لزفر
ميت في حق غيره فلا يرث من غيره لان ابقاءه حيا
باستصحاب الحال وفي توريثه من غيره اثبات ما لم
يكن والاستصحاب لا يصلح لذلك ولما كان قوله فلا
يرث ظاهرا في نفي التوريث اصلا فسره بقوله
اي يوقف قسطه من مال مورثه الى تسعين سنة
من يوم ولد وعليه الفتوى لان الغايب في زماننا عدم
الحياة الى التسعين الا نادرا والنادر لا عبرة به وروى
الحسن عن ابي حنيفة مائة وعشرين سنة وعن
ابي يوسف مائة سنة وظاهر الرواية التقدير
بموت الاقران في بلده والمختار ان ذلك مفوض
الى راي الامام اذ يختلف باختلاف الاشخاص فان
الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في
مدة انه مات لا سيما اذا دخل في مهلكة واقتصر
مالك على اربعة اعوام واحتج بما رواه في الموطا عن
يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان عمر ابن
الخطاب رضي الله عنه قال ايما امراة فقدت زوجها
فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة
اشهر ثم تحل ورواه عبد الرزاق في مصنفه وزاد هو
وتنكح ان بدا لها قلنا تربصها اربع سنين كان قول
عمر في الابتداء ثم رجع الى قول علي انها امراة ابتليت
فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق رواه عبد
الرزاق وقال ايضا اخبرنا ابن جريج قال بلغني ان
ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظر ابدا وروى

ابن ابي شيبة عن ابي قلابة وجابر بن زيد والشعبي
والنخعي كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى يستبين
موته فان ظهر المفقود حيا فله ذلك القسط الموقوف
له وبعدها اي بعد التسعين سنة يحكم بموته في
حق ماله يوم تمت المدة لان هذا الوقت حكمي والحكم
معتبر بالحقيقي فتعتد عرسه للموت من ذلك
الوقت ويقسم ماله بين من يرثه الان اي في ذلك
الوقت كانه مات فيه معاينة ويحكم بموته في حق
مال غيره من حين فقد لانه يثبت في حق غيره في ذلك
الوقت حكما كانه مات فيه عيانا فرحما وقفت له
اي للمفقود اي من يرث الغير عند موته اي موت
ذلك الغير والله سبحانه اعلم **كتاب القضاء**
هو لغة الفراغ عن الامر ومنه قوله تعالى فقضى
الامر وشرعا الزام الحكومات وفصل الخصومات
وقطع المنازعات وهو فرض كفاية بالاجماع فانه لم
يصلح للقضاء الا واحد تعين عليه اهله اهل
الشهادة اي يشترط فيمن يفوض اليه القضاء
ان يكون من اهل الشهادة بان يكون حرا مكلفا مسلما
وذلك لان ولاية القضاء كالفرع لولاية الشهادة
اذ حكم القضاء يبتني على حكم الشهادة ويصحان
اي الشهادة والقضاء من الفاسق لان العدالة
فيهما شرط الاولوية لان السلف اجازوا حكم من
تغلب من الامراء وجار ولولا صحته لما فعلوا ذلك
وفي وسيط الغزالي اجتماع هذه الشرائط من
الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر في عصرنا

يخلو

يخلو المصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذه
قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وان كان جاهلا
فاسقا لكن ينبغي ان لا يقلد الفاسق القضاء ولا يقبل
اذا شهد لان الفاسق لا يؤمن لقلة مبالاته بواسطة
فسقه ولو فسق القاضي العدل باخذ الرشوة او بغيره
كالزنا وشرب الخمر ينعزل اي يستحق العزل
في ظاهر المذهب وعليه مشايخ بخاري وسمرقند
ومعنى يستحق العزل انه يجب على السلطان
عزله وقيل ينعزل بمجرد الفسق ولا يصح قضاؤه
بعد ذلك كما لا يقبل شهادته وهو قول مالك
والشافعي واحمد واختاره الكرخي والطحاوي وعلي
الرازي صاحب ابي يوسف وهو اختيار حسن
لعدم ائتمان الفاسق على حقوق الناس ومن اخذه
اي القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لا ينفذ
قضاء القاضي في الامر الذي اخذ الرشوة لاجله قال
القاضي فخر الدين اجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه
كذا في الكافي وفي ادب القاضي للصدر الشهيد
ان الرشوة على اربعة اوجه منها ما هو حرام للآخذ
والمعطي وهو الرشوة في تقلد القضاء فانه لا يصير
قاضيا ومنها ما ياخذه القاضي على القضاء وهو حرام
من الجانبين ايضا ولا ينفذ قضاؤه ولو كان بحق
ومنها ما دفعها لخوف على نفسه او ماله وهذه
حرام على الاخذ دون الدافع ومنها ما دفعها ليسوي
ماله عند السلطان وهذه تحل للدافع لا للاخذ
والاجتهاد شرط الاولوية عندنا في الاصح وهو

ظاهر الرواية لا شرط الصحة لما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم قلد عليا قضا اليمن حيث لم يبلغ
حد الاجتهاد فقد روى ابو داود عن علي قال
بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن
قاضيا فقلت ترسلني وانا حديث السن ولا علم
لي بالقضا فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت
لسانك فاذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضي
حتى تسمع من الاخر كما سمعت من الاول فانه احرى
ان يبين لك القضا قال فما زلت قاضيا وما شككت
في قضاء بعد خلافا لمالك والشافعي واحمد وهو
نص محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا
لانه مامور بالقضا بالحق ولا امر بلا اقدرة ولا قدرة
بلا علم ولنا ان المقصود من القضا هو ايصال
الحق الى مستحقه يحصل بفتوى غيره والمراد
بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد
فانه لا قطع في مسايل الفقه غالبا فاذا قضى
بقول مجتهد فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب
ولكن اذا وجد في الرعية عدل عالم لا يحل تولية
من ليس كذلك بل لا يصح توليته الجاهل الفاسق
في رواية النوادر عن ايمتنا الثلاثة كساير
اقوال اصحاب المذاهب واختارها الطحاوي
لقوله عليه السلام من استعمل رجلا على عصابة
وفي تلك العصابة من هو ارضى لله منه فقد خان
الله ورسوله وجماعة المسلمين رواه الحاكم
من حديث ابن عباس واخرجه الطبراني عن

ابن

ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من تولى من امر المسلمين شيا فاستعمل عليهم
رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه
بكتاب الله وسنة رسوله فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين واصح ما قيل في حد المجتهد ان
يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه
وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها
وكذا علم الاثار المنقولة عن الصحابة وما اجمعوا
عليه وما اختلفوا فيه يكون عالما بالقياس وعرف
الناس ولا يطلب القضاء لا بقلبه ولا بلسانه
الا اذا لم يكن غيره يصلح للقضا فانه يفترض عليه
صيانة لحقوق المسلمين كصلاة الجنازة اذا تعين
واحد لاقامتها يفترض عليه وقال بعض اصحاب
الشافعي ان كان خاملا الذكر ولو ولي القضاء لاشتهر
وانتفع الناس بعلمه او لم يكن له كفاية ولو ولي
صار مكفيا من بيت المال يستحب له الطلب
والاصل في ذلك ما اخرج البخاري عنه عليه
السلام انه قال يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال
الامارة فانك ان اوتيتها عن مسالة وكلت اليها
وان اوتيتها عن غير مسالة اعنت عليها واخرج
ابو داود والترمذي وابن ماجه عن انس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال
القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل اليه
ملك يسدده وانما وكل الى نفسه لانه اعتمد على
علمه وورعه بخلاف من اكره فانه اعتصم بالله

وحفظه وقيل يحرم الدخول فيه الا ان يكره عليه
لقوله عليه السلام من جعل على القضا فقد ذبح
بغير سكين رواه اصحاب السنن من حديث ابي
هريرة وحسنه الترمذي ورواه بن ماجة عدي
في الكامل عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه
وسلم من استقضي فقد ذبح بغير سكين وفي صحيح
مسلم عن ابي ذر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال له يا ابا ذر اني احب لك ما احب لنفسي لا تامرن
على اثنين ولا تولين مال يتيم وانما يدخل في القضا
من يثق عدالته اي يعتمد عدل نفسه صيانة للحقوق
العباد واخلاء العالم عن الفساد واما من يخاف على
نفسه العجز عنه ولا يامن على نفسه الظلم فيكره
له الدخول في القضا وذلك لان عليا لما استقضى
قاضيا قال انما صلاح الامر بالورع وانما فساده
بالطمع فقال الحق لك ان تقضي وعن عمر انه قال
اذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل وان كان
فيه اربع ولم يكن واحدة ففيه وصمة وان كان فيه
ثلاث ولم يكن فيه اثنتان ففيه وصمتان وقيل
وما هي يا امير المؤمنين قال علم بما كان قبله وهو
الاشارة الى ما ينبغي في حق المجتهد وقال نزاهة عن
الطمع وحلم عن الخصم واستخفاف اللايمة من الناس
بحيث لا ينبغي للقاضي فيما يفصل من القضايا ان
يخاف اللايمة من الناس فانه اذا خافها يتعذر
عليه القضا بالحق وهذا لانه لابد ان ينصرف احد
الخصمين من مجلسه شاكيا بلوم القاضي مع احد اصحابه

علي

على ما كان منه فان تفكر القاضي واشتغل بالتعرض
عن الايمة يتعذر عليه فصل القضا ولعله مقتبس
من قوله تعالى يجاهدون في سبيل الله ولا يخافون
لومة لائم قيل ومع هذا استحب ان يتعذر للقاضي
عليه ويبين له وجه قضائه ندبه وان الحكم
في الشرع يقتضي القضاء عليه صيانة لعرضه
من نسبة الجور اليه قال وشاوره اولي الراي
فيه دليل على ان القاضي وان كان عالما ينبغي له
ان لا يدع مشاورة العلما وقال تعالى وشاورهم
في الامر وقال عز وجل وامرهم شورى بينهم
وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر
الناس مشورة لاصحابه وكان عمر يستشير
الصحابة مع كمال فقهه حتى كان اذا رفعت
اليه حادثة قال ادعوا الي عليا ادعوا الي زيد
ابن ثابت ادعوا الي ابي بن كعب وكان يستشيرهم
ثم يفصل بما اتفقوا عليه وفي سنن ابي داود
عن ابي بريدة قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد
في الجنة رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة
ورجل عرف الحق ولم يقض به وجار في الحكم
فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس
على جهل فهو في النار وفي صحيح ابن حبان
عن عائشة قالت سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العدل يوم
القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى انه

سا

لم يقض بين اثنين في تمرة واخرج الحاكم عن ابن عباس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ولي
عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كرهوا جيء به يوم
القيامة مغلولة يده الى عنقه فان حكم بما انزل
الله وارتشى في حكمه وحاف فيه الى يمينه ثم رمي
به في جهنم ولهذا اجتنبه ابو حنيفة وصبر
على الضرب والسجن حتى مات فيه وقال البحر
عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال ابو
حنيفة كان بك قاضيا وقد اجتنبه كثير من
السلف وقيد محمد بن الحسن سيفا وثلاثين يوما
ليتقلده وقال مكحول لو خيرت بين ضرب
عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي رواه
النسائي عنه هذا ويصح تقلده ولو من السلطان
الجائر واهل البغي لان بعض الصحابة تقلدوه
من معاوية بعد ما اظهر الخلاف مع علي وكان
الحق مع علي في نوبته والتابعين تقلدوه من
الحجاج وكان جائرا فقيها قال الحسن في حقه لو جاء
كل امة بخبيثاتها وجئنا به لغلبناهم ولكن انما
يجوز التقلد من السلطان الجائر اذا امكنه من
القضاء بحق واما اذا لم يمكنه فلا لان المقصود لا يحصل
بالتقلد منه ويصح تولية المراة عندنا وابطلها
مالك والشافعي لان المراة ناقصة العقل ليست
اهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصومة وقد قال
عليه السلام لن يفلح قوم ولوا امرهم امراة رواه
البخاري والجواب ان ما ذكر غاية ما يفيد منع

ال

ان تنقضي وعدم حله والكلام فيما لو ولت
واثم المقلد بذلك او حكمها ضمان فقضت قضاء
موافقا لدين الله الا ان ينفذ ام لا ثم ينتهض
الدليل على نفيه بعد موافقته ما انزل الله
الا ان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس في
الشرع سوى نقصان عقلها ومعلوم انه لم يصل
الى حد سلب ولايتها بالكلية الا ترى انها تصلح
شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى
مع ان عقل بعض النساء اقوى من عقول كثير
من الرجال وفي ادب القاضي للصدر الشهيد
للسلطان ان يعزل القاضي بريبة وبغير ريبة
اما بريبة فظاهر واما بغير ريبة فلما روي عن
ابي حنيفة ان القاضي لا يترك على القضاء الا
حولا لانه متى اشتغل بالقضاء اكثر من سنة
نسي العلم وقال الشافعي واحمد يجوز عزله
بخلله قال مالك لشكوى احد ولو عزله بغير
خلل منه لا ينعزل فان كان اخر صالح افضل منه
جاز عزله وان كان دونه او مثله فان كان
لتسكين فتنة او لمصلحة اخرى جاز عزله
والقضاة والولاة لا ينعزلون بموت السلطان
بلا خلاف ولو عزل القاضي نفسه ينعزل
ومن تقلد القضاء سال اي طلب ديوان قاض
قبله وهو الخرائط التي فيها نسخ السجلات
وغيرها من الصكوك والمحاضر ونصب الاوصياء
والقيم في اموال الوقف وتقدير النفقات وهذا

لان القاضي يكتب نسختين احديهما في يد الخصم
والاخرى يكون في يد القاضي لانه ربما يحتاج اليها
لمعنى المعاني وما في يد الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة
والنقص ويبعث القاضي عدلين او عدلا واحدا ليقبض
ديوان القاضي المعزول بحضرته او بحضرة امينه
ولا يعمل القاضي المتولي **في المحبوس** المنكر **بقول المعزول**
بل بالبينة فان لم يكن بينة نادى من له حق على فلان
فليحضر مجلس القضاء فان لم يحضر احد خلى سبيله
واخذ منه كفيلا وانما لا يعمل بقول المعزول
لان قوله حينئذ شهادة وشهادة الفرد ليست
بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه **وكذا في غلة**
الوقف والوديعة لا يعمل بقول المعزول ان وديعة
فلان دفعها الى هذا الرجل وهو منكر بل يعمل بالبينة
الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه اي بالاخذ من المعزول
لان ذا اليد اقر بان اليد كانت للمعزول ولو كان
ولو كان المال في يد المعزول يقبل اقراره فيه
فكذا اذا كان في يد مودعه لان يد المودع كيد المودع
ويقرض القاضي **مال اليتيم** وكذا مال الغائب لان في
اقراضه مصلحة لليتيم ونحوه وهي بقاء ماله
محفوظا ويكتب الصك بذكر الحق فيبدأ بالقاضي
لان الوصي لا يقرض مال اليتيم لعجزه عن الاستخلاص
فربما يجحد المستقرض ولا يجد شهودا ابوا فيفوتونه
على اداء الشهادة ولو وجد فلا كل بينة تعدل
ولا كل قاض يعدل وفي الحبس في يد القاضي فكان
اضرارا بالصغار بخلاف الاعتبار وكذا الاب في اظهر

الروايتين

الروايتين ولو اخذ الاب مال الابن قرضا لنفسه قالوا
يجوز وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز ويجوز
للقاضي ان يحكم بعلمه عندنا كما يحكم بعلمه بعد ثبوت
البينة وهو قول للشافعي ورواية عن مالك واحمد
وقال الشافعي في قول ومالك واحمد في ظاهر مذهبه
لا يحكم لانه متهم في الحكم بعلمه كالحكم لولده ولو راى
شيئا قبل ان يتقلد القضاء او في غير مصره الذي
هو قاضيه لا يحكم عند ابي حنيفة ومالك ويحكم
عند ابي يوسف ومحمد والشافعي في قول واحمد
في رواية لان العلم حاصل له كعلمه في حال قضائه
او في مصره ولابي حنيفة انه علم بشهادة لا علم
قضاء فلا يعتبر موجبا الا بلفظ الشهادة والعدد
والجامع الذي في وسط البلد **اولى** من داره
لجلوسه القاضي وهو الجلوس الذي يأتي الناس
فيه لقطع الخصومات كيلا يشتبه مكانه على الغرباء
او بعض المقيمين في البلد والحاصل ان جلوسه
للحكم في اشهر الاماكن ومجامع الناس بلا حاجب
ولا بواب افضل ولو جلس في اي مكان شاء جاز
وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه
يحضره المشرك وهو نجس والحائض وهي ممنوعة
من دخوله ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى
في المسجد الجامع وكذا الصحابة والتابعون لما في
الصحيحين عن سهل بن سعد في قصة اللعان ان
رجلا قال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امراته
رجلا الى ان قال فتلاعنا في المسجد وانا شاهد

وانما اخرجه الجماعة الا الترمذي عن كعب بن مالك
انه تقاضى ابن ابي حدرد دينا كان له عليه في
المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج
اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب
قال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع
الشطر من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول
الله قال قم فاقضه والسجف بفتح السين وكسرها
الستر وفي البخاري ولاعن عمر عند منبر النبي
صلى الله عليه وسلم وقضى شريح والشعبي
ويحيى بن يعمر في المسجد وقضى مروان على زيد
ابن ثابت باليمين عند المنبر واخرج ابن سعد في
الطبقات عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه راى
ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند
القبر وكان قاضي القضاة بالمدينة في ولاية عمر بن عبد
العزيز واخرج ايضا عن سعيد بن مسلم
ابن مالك قال رايت سعد بن ابراهيم بن عبد الرحمن
ابن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة
واما استدلال صاحب الهداية بقوله عليه
السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فقوله
والحكم غير معروف وانما المحفوظ في مسلم في حديث
انس في بول الاعرابي في المسجد قال انس ثم ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم دعاه فقال ان هذه
المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر انما
هي لذكر الله عز وجل والصلاة وقراءة القران ولان

القضاء

القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة
ونجاسة المشرك في اعتقاده فلا يمنع من دخوله
والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او يبعث
من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت
الخصومة في دابة ويستحب ان يقعد معه اهل العلم
ويجلسهم قريبا منه حضر للمشورة وكذا اهل العدل
للشهادة بخلاف الاعوان فان بعدهم اولى لحصول
الهيبة ولا يقضي في حال شغل قلبه بشيء فلا يقضي
وهو غضبان او نعسان او جائع او عطشان او مهموم
او شبعان او حاقن او متالم من حر او برد وينبغي
ان يتخذ مترجما ثقة ليبين له ما لا يعرفه من لسان
الخصم لانه عليه السلام امر زيد بن ثابت ان يتعلم
العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى الله
عليه وسلم عمن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة
وكذا يتخذ كاتبا امينا عدلا صالحا ورعا ولا يقبل
القاضي من احد هديته وهو ما يعطى لاجل المحبة
الا من ذي رحم محرم لانه من صلة الرحم او الا
ممن اعتاد مهاداته قبل القضاء لقوله عليه
السلام تهادوا تحابوا قدرا عهده من ذلك المهدى
حتى لو زاد عليه لا يقبل الزيادة اذا لم يكن لهما اي
لذي الرحم المحرم ولمن اعتاد الاهداء للقاضي قبل
القضاء خصومة حتى لو كان لاحدهما خصومة لا يقبل
هديته القاضي ما دامت الخصومة لانها حينئذ لاجل
القضاء فيكون من الرشوة ولا يحضر القاضي
دعوة لاحد ولو كان صاحبها ذا رحم محرم من القاضي

الا دعوة عامة لتحقق التهمة في الخاصة وانتفائه
في العامة وفي الكفاية لو كان صاحب الدعوة خصما
لا يحضر القاضي دعوته ولو كانت عامة والخاصة
هي التي لو علم صاحبها ان القاضي لا يحضرها لاتخذها
وقيل ما كانت لغير عرس او ختان والعامة خلافها
واجاز له محمد حضور دعوة قريبه الخاصة كالعامة
وعيادة المريض وشهادة الجنازة اذ لم يكن لهم ولا عليهم
دعوى وابو حنيفة وابو يوسف منعاه منها لمكان
التهمة ويسوي القاضي بين الخصمين جلوسا بين يديه
غير متربعين ولا مقعيين ولا محتبيين ويكون بينهما
وبين القاضي قدر ذراعين ولا يقعد احدهما من الجانب
اليمين والاخر من الجانب اليسار لان جانب اليمين
افضل والقلب اليه اميل ويحكم بالحق ولكنه يفعل
ذلك مع الشريف والضعيف والاب والابن والخليفة
والرعية واذا سوى بينهما وحكم بالحق ولكنه يجد
في قلبه الميل الى احدهما فلا بأس به لان ذلك لا قدرة
له عليه كما في القسم بين النساء واقبالا اي توجها
والتفاتا لقوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء بين
المسلمين فليساو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من
الاخر رواه اسحاق بن راهويه في مسنده من حديث
ام سلمة واخرجه الدارقطني عنها عن النبي صلى
الله عليه وسلم من ابتلي بالقضاء بين المسلمين
فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده وروي
عن عمر انه كتب الى ابي موسى عبد الله بن قيس الاشعري

ان آس

ان آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى
لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك
ولا يسار احدهما اي لا يكلمه سرا ولا يضيفه اي لا يضيف
القاضي لاحدهما ضيافة تتعلق بالاخذ لانه لو سارهما
معا او اضافهما معا لا بأس كذا قاله الشارح وفي جواز
سارهما معا نظر ظاهر اذ لا يخلو عن تهمة وريبة
لكل منهما ولا يضحك مع احدهما ولا يمزح معه بل
ولا معهما لان كلا منهما يذهب بمهابة القضاء ولا
يشير اليه لانه بذلك يجترئ الخصم به ولا يلقنه
حجته لان فيه تهمة وكسر القلب الاخر وربما ادى
الى تركه حقه ولا يلقن القاضي الشهادة بقوله
تشهد بكذا او كذا لان فيه اعانة احد الخصمين
واستحسنه ابو يوسف فيما لا تهمة فيه لان الشاهد
قد يهاب مجلس القاضي فيحصر فكان في تلقينه
الشاهد احياء للحق ويحبس القاضي الخصم مدة
رآها مصلحة ليظهر ماله ان كان يخفيه وقيل
شهرا وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد في حكم الاجل
وما دونه في حكم العاجل وقيل شهرين وقيل ثلاثة
وقيل اربعة الى ستة اشهر روايات عن ابي حنيفة
والتصحيح ما في المتن لان من الاشخاص من يرى
حبسه في زمان طويل ايسر من اعطاء ما عليه من
مال قليل وصفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه
فراش ولا وطاء ولا يدخل عليه احد يستأنس به ولا
يخرج لجماعة ولا لجمعة ولا لجنازة ولو اعطى كفيلا ولا
لموت قريب الا اذا لم يوجد من يجهزه ولو مرض مرضا

اصلا لا يخرج ان كان له من يخدمه ولو احتاج الى الجماع
من دخول امرأته او جاريته عليه ان كان في السجن
موضع سترة لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء
شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول الحوائج
والحبس ثابت بالكتاب وهو قوله تعالى او ينفوا من
الارض والمراد بالنفي الحبس وبالسنة فانه حبس
عليه السلام رجلا في تهمة رواه ابو داود والترمذي
والنسائي ثم خلا عنه ولم يكن في عهده عليه السلام
وعهد ابي بكر سجن وانما كان في السجن موضع
يحبس في المسجد او الدهليز بالربط حتى اشترى
عمر دارا بمكة باربعة الاف درهم فاتخذه سجنا وقيل
بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان الى زمن علي فبنى سجنا
وسماه نافعا فانفلت الناس منه فبنى اخر وسماه مخيسا
بطلب ولي الحق حبسه لانه يحبس لاجل حقه فلا بد من
طلبه ان امتنع المديون المعسر عن الايفاء بعدما امره
القاضي له بالاداء او ثبت الحق ببينة بما لزمه متعلق
بيحبس بعقد متعلق بلزم كالكفالة لانه لما التزامه
المال باختياره دليل على يساره ظاهرا اذ العاقل
لا يلتزم ما لا يقدر على ادائه او بدل مال عطف على
بعقد اي وبما لزمه بدل مال حصل له كثمن المبيع
وبدل القرض لان دخول المال في يده مثبت لغناه
وفي نفقة عرسه للقدرة لانه بالامتناع عن الانفاق
عليها صار ظالما لها وفي نفقة ولده لانها لاحيائه
لا في دينه اي لا يحبس الوالد في دين عليه لان الحبس
عقوبة فلا يستحق الولد على والده اكراما له والجد

والجدة

والجدة وان علوا كالحدود والقصاص الا اذا ابى من
الانفاق عليه طفلا وكذا كل من وجبت عليه نفقته
من جد او جدة لانها تسقط بمضي الوقت فلو لم يحبس
عليها تفوت بخلاف سائر الديون وفي غيرها اي
غير هذه الاشياء كضمان المتلفات وارش الجنايات
ونفقة الاقارب لا اي لا يحبس القاضي الخصم ان ادعى
فقره لعدم وجود امارة تدل على غناه الا اذا اقامت
بينة من المدعي بضده اي بضد فقر الخصم وهو غناه
ولو قال بغناه لكان اظهر في مدعاه والمعنى يحبسه
يحبسه بقدر ما يرى لانه يدعي الفقر وهو متمسك
بالاصل اذ الادمي يولد ولا مال له فكان القول
له ما لم يكذبه الظاهر كما فيما لزمه بعقد او بدل
مال او لا لان الفقر اصل والغنى عارض فاحتيج
الى اثباته ثم بعد ذلك فسال القاضي جيرانه واهل
الخبرة به عن حاله احتياطا لاحتمال مال فان شهد
شاهدان عنده انه قادر على قضاء الدين ابد
حبسه وان لم يظهر له مال بان قالوا انه ضيق
الحال اطلقه لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة
الى ميسرة ولو راى ان يسال عنه قبل مضي مدة الحبس
كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول بينة
الاعسار فعن محمد يقبل وبه افتى محمد ابن الفضل
واسماعيل بن حماد ابن ابي حنيفة وهو قول الشافعي
والاكثر انها لا يقبل قبل الحبس وهو قول مالك
وهو الاصح لان بينة الاعسار بينة على النفي فلا
يقبل حتى ينضم اليها مؤيد وهو مضي المدة بانت اذا الطا

هر

انه لو كان له مال لم يحتمل سبق التحري ذكره وانه ولو
طلب المديون يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف
فان نكل أطلقه ولو قبل الحبس وان حلف حبسه
ولغريمه الحاضر ملازمته بعد خروجه من الحبس واخذ
فضل كسبه عند ابي حنيفة لعدم تحقق القضاء
بالافلاس عنده اذ المال غاد ورائح ولان وقوف الشهود
على عسرته من حيث الظاهر فيصلح لدفع الحبس
عن المديون لا لابطال حق الغريم في الملازمة ومنعاه
من ملازمته واخذ فضل كسبه لان القضاء بالافلاس
يصح عندهما فتثبت العسرة فيجب النظرة الى ان
يقيم بينة انه اكتسب مالا يفي بدينه كله او بعضه
فحينئذ يؤمر بحبسه ويقدم بينة اليسار على بينة
الاعسار لانها تثبت امرا عارضا وان اشهدوا على خصم
حاضر حكم القاضي لوجود الحجة وكتب به اي بحكمه وهو
اي هذا المكتوب السجل وان شهدوا على غائب لا اي لا يحكم
القاضي لان القضاء على الغائب لا يجوز وكذا للغائب عندنا
الا ان يكون له وكيل عنه او وصي ولو من جهة القاضي
وجوزه مالك والشافعي القضاء عليه لقوله عليه
السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر واشتراط
حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل ولنا قوله عليه
السلام لعلي حين استقضاه على اليمن لا تقض
لاحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الاخر فانك
اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد
وابو داود وغيرهما وفي نفوذ القضاء على الغائب
روايتان ذكر شمس الائمة وشيخ الاسلام انه

ينفذ

ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ بل يكتب
كتابا حكميا ليحكم القاضي المكتوب اليه
وهذا الكتاب هو نقل الشهادة في الحقيقة لان
القاضي الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها الى المكتوب
اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه برايه وان
خالف راي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس لاحد
ان يخالفه ولا ان ينقض حكمه اذا كان في فصل مجتهد
فيه او متفق عليه الا في حد وقود فلا يكتب فيهما
كتابا حكميا وقال مالك واحمد يكتب فيهما لان الاعتماد
على الشهود ولنا ان في كتاب القاضي شبهة وهما لا
يثبتان معها وفي ظاهر الرواية ان كتاب القاضي
لا يقبل في المنقولات لانها تحتاج الى الاشارة اليها
عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار ونحوه من
الحقوق لانها تعرف بالوصف وعن محمد انه يقبل في جميع
ما ينقل وعليه الفتوى وعمل المتاخرين وبه قال
مالك واحمد والشافعي في قول ويقرا القاضي الكتاب
على الشهود الذين ينقلون الكتاب الى القاضي
المكتوب اليه ويشهدون لديه ان هذا كتاب فلان
القاضي او يعلمهم ما فيه لانهم يشهدون عند الثاني
ولا شهادة بدون العلم وفي ايجاب هذين الطريقين
ويختم عندهم اي بحضرتهم كيلا يتوهم تغييره وهذا
شرط عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك في
رواية ويسلمه اليهم على قول ابي حنيفة ومحمد والى
المدعي على قول شمس الائمة وهو المختار للفتوى
وعند ابي يوسف يكفي ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه

وبه قال مالك في رواية وعنه ان الختم ليس بشرط
فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضا واختاره شمس الائمة
السرخسي وما قاله ابو حنيفة ومحمد احوط ثم
القاضي المكتوب اليه لا يقبله الا بحضور الخصم
والبينة اي والا بالبينة عند ابي حنيفة ومحمد على
انه كتاب فلان قراه علينا وختمه وسلمه لئلا يكون
الكتاب زورا وقال ابو يوسف يقبل القاضي المكتوب
اليه بلا بينة ولكن لا يعمل به الا بالبينة فيفتحه
القاضي ويقرا على الخصم ويلزمه ما فيه اذا ثبتت
عدالة الشهود عنده بان كان القاضي الاول كتب
عدالتهم او كان المكتوب اليه يعرفهم بالعدالة
او يسال من يعرفهم من الثقات فزكاهم ان بقي الكاتب
قاضيا قيد به لان الكتاب يبطل بموت الكاتب وعزله
وبكونه لم يبق اهلا للقضا بان جن او ارتد او قذف
فحد او عمي قبل وصول الكتاب الى الثاني او بعد
وصوله له قبل ان يقراه وقال ابو يوسف واحمد لا يبطل
ولا يعمل به اي بالكتاب بغيره اي غير المكتوب اليه
وان مات المكتوب اليه او عزل بل تبطل الا اذا كتب
بعد اسمه اي اسم المكتوب اليه والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين وقال الشافعي واحمد يعمل به وان لم
يكتب ذلك وعند ابي يوسف ان كتب هنا اي الى كل
من يصل اليه من قضاة المسلمين ابتدا بان كتب اي بيان
من فلان بن فلان الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
وحكامهم يقبل وبه قال الشافعي واحمد واستحسنه
كثير من المشايخ تسهيلا للامر على الناس وقال ابو حنيفة

لايقبل

لا يقبل اخذا بالاحتياط وان مات الخصم ينفذ الكتاب
على وارثه لقيامه مقامه والمراة تقضي لانها من اهل
الشهادة فيكون من اهل القضا او كل منهما من باب الولاية
وقوله عليه السلام لا يفلح قوم ولوا امرهم امراة يدل
على نقصان حال ذلك القوم لا على عدم جواز توليتها
وقد سبق تحقيقه الا في حد وقود لعدم جواز شهادتها
فيهما ولا يستخلف قاض نايبا لانه قلد القضا دون ان
يقلده لغيره ولان الامام رضي بقضايه دون غيره ولا يوكل
وكيل وكيلا لان الموكل انما رضي بتصرفه دون غيره الا من
فوض اليه ذلك اي الا القاضي المفوض اليه الاستخلاف
والوكيل المفوض اليه التوكيل بخلاف المامور باقامة
الجمعة فانه يجوز له الاستخلاف فيها وان لم يفوض اليه
ذلك لانه لما فوض اليه الجمعة مع علمه ان العوارض المانعة
من اقامتها قد تعتريه ولا يمكن انتظار اذن الامام
الاعظم لضيق الوقت كان الاذن باقامتها اذنا بالاستخلا ف
فيها دلالة وفي المفوض اليه الاستخلاف والتوكيل نايبه
لا ينعزل بعزله وموته موكلا في شرح الوقاية انما قال
موكلا لان في الوكالة ينعزل الوكيل بموت موكله فاراد
ان يصرح بان الوكيل ههنا لا ينعزل بموت موكله لانه في
الحقيقة ليس نايبه بل هو نايب الاصل اما في القضا
فان النايب لا ينعزل بموت المنوب فخص الموكل بالذكر
للاشتباه ولا اشتباه في باب القضا فلم يذكره
بل هو نايب الاصل الا انه في التوكيل ينعزل بموت
الاصل وفي القضا لا ينعزل وقال الشافعي واحمد
اذا عزل القاضي المفوض اليه نايبه ينعزل لانه كوكيله

والموكل يملك عزل وكيله ولنا انه لما صح الاستخلاف من جهة الامام كان نايبا عن الامام فلا يملك المفوض اليه عزله الا ان يقول له الامام ول من شئت واستبدل من شئت **الى غيره** اي غير المفوض **نايبه ان فعل نايبه عنده** اي بحضرته **او اجازه هو** ما فعل نايبه في غيبته **او كان** الموكل الاول **قدر الثمن في الوكالة صح** اما اذا فعل بحضوره فعله يتنقل اليه واما اذا اجاز فعله فلانه صار كانه فعله واما اذا فعل بالثمن الذي قدر الاول فلحصول المقصود باستعمال رايه في تقدير الثمن **وما عمل برايك يوكل الوكيل** لاطلاق التفويض الى رايه **والقضاء** اي قضاء القاضي في مجتهد فيه **على خلاف مذهبه** اي رايه ناسيا او عامدا **لا ينفذ** عند ابي يوسف ومحمد وبه قال مالك والشافعي واحمد وعليه الفتوى لانه زاعم فساد قضايه فيواخذ بزعمه وقال ابو حنيفة ان كان ناسيا ينفذ وان كان عامدا فعنه روايتان ووجه النفاذ انه ليس خطا بيقين لان كل مجتهد لا يقطع بصواب اجتهاده وبه كان يفتي الصدر الشهيد والمرغيناني وفي الذخيرة الخلاف في نفاذ القضا وقيل في حل الاقدام عليه وقال بعض المحققين والوجه في هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد واما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم **وعلى وفاق** اي القضاء

على

على وفاق راي القاضي **يحل المختلف فيه مجمعا عليه** لان الخلاف الموجود قبل القضا يرتفع به كما يرتفع باجماع العلما على قول بعد اختلافهم على قولين في العصر الذي قبله **فان عرض على قاض اخر عضيه** سوا كان على رايه او على خلافه لان القضا ما لا في مجتهد اتبع فينفذ ولا ينقض باجتهاد اخر لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض بما دونه وشرطه ان يكون القاضي عالما باختلاف العلما حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاوه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني كذا في النهاية عن المحيط وقال شمس الايمة انه ظاهر الرواية **الا بما خالف الكتاب** اي ظاهره **والسنة المشهورة** اي ما قاربت المتواترة **او الاجماع** اي اتفاق الايمة فانه لا ينفذ قضاوه ولا ينفذ قاض اخر له لانه يكون حكما بلا دليل فيكون باطلا ولا يعود بالتنفيذ صحيحا فمخالفة الكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمدا ومخالف السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الزوج الثاني ومخالف الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعي وعد من ذلك القضا بالشاهد واليمين وبصحة نكاح المتعة وبعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة وبعدم وقوع الطلاق على حبلى اوحايض او قبل الدخول وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد خلافا لهما **وان كان نفس القضا مختلفا فيه** مثل القضا على الغايب وقضاء المحدود في القذف بعد التوبة

ونقضا الفاسق قبل التوبة **يصير مجمعا عليه بامضاء** قاض **آخر** لان محل الخلاف لم يوجد قبل القضاء بل وجد بعده فلا بد من قضاء آخر للترجيح **والقضاء بحرمة او حل ينفذ ظاهرا وباطنا** اي عند الله **ولو بشهادة زور** وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اولا وقال محمد وابو يوسف آخرا كمالك والشافعي واحمد لا ينفذ بالزور الا ظاهرا وعليه الفتوى كما لو كان الشهود عبيدا او محدودين في قذف او كفارا والمشهود له يعلم بحالهم دون القاضي او كما لو قضى القاضي بنكاح الرجل على امراة انه منكوحة او معتدة لغيره وكما في الاملاك المرسلة **اذا ادعاه بسبب معين** قيد به لان القضاء بحل وحرمة في المدعي بلا سبب لا ينفذ الا ظاهرا بالاتفاق ثم معنى النفاذ ظاهرا ان يسلم المراة نفسها له بقول القاضي سلمي نفسك فانه زوجك والنفاذ باطنا ان يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ولنا ان القضاء لقطع المنازعة وقد عهد نفوذ القضاء بمثل ذلك في الشرع الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلفا المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطء الجارية المبيعة فكذا في باقي الفسوخ والعقود واما العبيد والكفار والمحدودون في القذف فيمكن الوقوف عليهم بخلاف الشهود الزور وعدم النفاذ في الحكم بنكاح منكوحة الغير ومعتدته لفوات شرط الحكم لا للزور الشهود اذ شرط الحكم ان يكون في محل قابل

له

له ومنكوحة الغير ومعتدته ليست بمحل للنكاح وانما لم ينفذ باطنا في المدعي بلا سبب لان في اسباب الملك تزاحما اذ الملك تارة يثبت بالشراء وتارة بالارث وغيره وليس المدعي بسبب معين كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة روايتان اصح ابو حنيفة بما روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي كرم الله وجهه واقام شاهدين فقضى علي بالنكاح بينهما فقالت المراة ان لم يكن بد يا امير المومنين فزوجني منه فانه لا نكاح بيننا فقال علي شاهداك زوجاك فقد طلبت منه ان يعقد العقد بينهما بان يعقد النكاح بينهما فلم يجبها الى ذلك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من تجديده عند طلبها ورغبة الزوج فيها وانما لم يجبها لذلك لترجيح قول الشهود على قولها واتهامها بالكذب اذ مثله لا يقضي الا بشهود عدول ولهم قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتاكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم وانتم تعلمون فقد نهى الله تعالى عن اكل مال الغير بالباطل فحكم الحاكم فيه لا يبيحه وان قضى القاضي له بالشرا بشهادة الزور لا يحل له تناوله ويكون ذلك منه اكلا بالباطل وقول النبي صلى الله عليه وسلم انما انا بشر وانكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق اخيه فلا ياخذنه فانما اقطع

له قطعة من امارمتفق عليه **ولا يقضي القاضي على الغايب** لما سبق **الا بحضرة نايبه حقيقة** وهو وكيله
او نايبه **شرعا كوصي القاضي او نايبه حكما بان كان ما يدعي على الغايب** لا محالة اي بتعين **سببا لما يدعي على الحاضر** كما لو ادعى عينا في يد غيره انه اشتراها
من فلان الغايب واقام البينة على ذي اليد بعد انكاره وقضي به ثم حضر الغايب وانكر لا يلتفت الى انكاره واما احتمال السببية
كما اذا قال لامراة ان زوجك الغايب وكلني بان احملك اليه فاقامت بينة انه طلقها ثلاثا فانه لا يقضي بالطلاق عليه
الغايب لانه يحتمل ان يكون وكيلا بالحمل بعده وان وكيلا بالحمل قبله فلما كان سببا من وجه دون وجه يقضي بقصر
يد الوكيل ولا يقضي بالطلاق كذا في الفصول العمادية **لا** اي لا يكون الحاضر نايبا عن الغايب **ان كان** ما يدعي على الغايب **شرطا** لما
يدعي على الحاضر كما لو قال رجل لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق ثم برهنت المراة على ان فلانا طلق امراته وفلان غايب لا يقبل
منها ولا يحكم بوقوع الطلاق عند عامة المشايخ بخلاف ما لو قال اذا دخل فلان الدار فانت طالق وبرهنت على دخول فلان وهو
غايب حيث يقبل ويحكم بوقوع الطلاق لان هذا ليس بقضاء على الغايب اذ ليس فيه ابطال حق له وافتى بعض المتاخرين بقبول البينة
ووقوع الطلاق في المسالة الاولى منهم فخر الاسلام لان دعوى الحكم كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط والاصح خلافه وبه كان
يفتي المرغيناني وقال الشافعي يجوز الحكم على الغايب عن البلد وعن مجلس الحكم اذا كان مستترا في البلد قولا واحدا وبه قال مالك
واحمد وللشافعي في الغايب عن مجلس الحكم غير مستتر في البلد قولان اصحهما انه لا يحكم بدون حضوره والثاني انه يحكم عليه

بحج

لوجود الحجة وظهور الحق ولنا ان القضا لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد واما قوله
عليه السلام لهند امراة ابي سفيان خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فلم يكن قضاء على ابي
سفيان بل كان فتوى لها **وصح تحكيم الخصمين** لقوله
تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ولحكم النبي صلى الله عليه وسلم بتحكيم سعد بن معاذ
في بني قريظة بسبي ذراريهم وقتل مقاتلتهم كما في الصحيح ولما قال ابو شريح يا رسول الله ان قومي
اذا اختلفوا في شي اتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال صلى الله عليه وسلم ما احسن هذا
رواه النساي وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فاتياه
فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي فاتيتك يا امير المومنين فقال عمر في بيته يوتى الحكم فدخلا بيته
فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المومنين
فقال عمر يمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المومنين ونصدق قوله لهما ولاية على نفسهما فصح تحكيمهما **من
صلح قاضيا** لان المحكم بينهما بمنزلة القاضي فيشترط
فيه ما يشترط في القاضي ويشترط لنفوذ حكمه ان يكون في غير حد وقود لانه
لا ولاية لهما على دمهما لا يملكان اباحته ولا يصح تحكيمهما
والحدود بمنزلة الدم ولزمهما حكمه اذا حكم بالبينة او الاقرار
او النكول او النكول لانه صدر عن ولاية شرعية
عليهما ثم بالعزل لا يبطل حكم القاضي **واخباره** اي

وصح اخبار الحكم باقرار احدهما بان يقول انك اقررت
عندي بكذا ذكره في الخزانة وبعدالة شاهد بان
يقول قام عليك بينة لخصمك بكذا وعدلوا عندي
وقد حكمت عليك به لهذا وانما يلزمهما اخباره بذلك
حال ولايته قال اخباره حال ولايته قائم مقامه
شهادة رجلين لا يقضي قيل وكذا لا يقضي به لئلا
تنقص مهابة منصب القضا اما لو اخبر بذلك
حال عزله فلا يصدق لانقضاء الولاية ولكل
منهما اي من المحكمين ان يرجع عن تحكيمه قبل حكمه
اي حكم الحكم لانه مقلد من جهتهما فكان لهما
عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة
الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس فان
رفع حكمه الى قاض امضاه ان وافق مذهبه اذ لا
فائدة في نقضه ثم ابرامه اما لو خالفه فلم يمضه
ان لنا خلاف حكم القاضي اذا خالف مذهب قاض
ورفع اليه حيث يمضيه وجوبا لان القاضي المولى
من جهة الامام له ولاية على الناس فكان قضاؤه
حجة على الكل بخلاف المولى من الخصمين فانه لا ولاية
له على غيرهما وفائدة امضاء القاضي حكمه الموافق
لمذهبه ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه
نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه
ابتداء ولا يصح القضا لابويه وتحكيما ولا الشهادة
لمن بينهما ولادا او زوجية للتهمة واما لو كان القضا
والشهادة عليهم صحا لعدم التهمة وصح الايصاء
بلا علم الوصي لا التوكيل بلا علم الوكيل فلو باع الوصي

شاء

بامر التوكل قبل علمه صح بيعه ولو تصرف الوكيل فيما
وكل به قبل علمه لم يصح تصرفه وشرط عند ابي حنيفة
خبر عدل او مستورين بعزل الوكيل وعلم السيد بجناية
عبده وعلم الشفيع بالبيع وعلم البكر بالنكاح وعلم
مسلم في دار الحرب لم يهاجر بالشرايع وقال ابو يوسف
ومحمد لا يشترط الا التمييز والاصح في المسلم الذي لم
يهاجر انه يقبل خبر الفاسق حتى تجب عليه
الاحكام بخبره لان المخبر له مبلغ ورسول وفي
الرسول لا يشترط العدالة كما في رسول الولي الى
البكر بالتزويج لا لصحة التوكيل اي لا يشترط خبر
عدل او مستورين لصحة التوكيل حتى لو اعلم
الوكيل واحد غير عدل صح توكيله لانه من المعاملات
وليس فيه الزام فلا يشترط فيه الا التمييز وقبل
قول قاض عالم عدل قضيت بهذا من غير بيان سبب
القضا لان عدالته تمنعه من الميل الى الرشوة وعلمه
يمنعه من الغلط في الحكم وجاهل عطف على عالم اي وقبل
قول قاض جاهل ان بين سببه على وجه الشرع
بان قال في الزنى بالاقرار استفسرت المقر كما هو
المعروف فيه وحكمت برجمه وقال في السرقة ثبت
بالحجة عندي انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه لان
عدالته تمنعه من الخيانة وتبيينه السبب الشرعي من
الغلط فان قبل قولهما يحل وقف لهما من قتل وقطع
وغيرهما لا يقبل قول غيرهما وهو العالم الفاسق
والجاهل الفاسق لتهمة الخطا للجهالة وتهمة
الخيانة لعدم العدالة وهذا الذي ذكره المص مختار

ابي منصور الماتريدي وفي الجامع الصغير لم يقيد بعلم
ولا بعدالة وهو ظاهر الرواية لان طاعة اولي الامر واجبة
وفي تصديق القاضي العدل لان قوله يحتمل الغلط والخطا
طاعته ثم رجع محمد عن هذا وقال لا يوخذ بقوله الا ان
يعاين الحجة او يشهد بذلك مع القاضي العدل لان قوله يحتمل
الغلط والخطا والتدارك غير ممكن وحرمة النفس
عظيمة والحدود تندري بالشبهة واستحسن المشايخ
هذه الرواية لفساد الحال في اكثر القضاة ولا باس
برزق القاضي لانه عليه السلام عام فتح مكة لما اسلم
عتاب ابن اسيد استعمله على مكة حين خروجه الى
حنين فاقام للناس الحج تلك السنة وهي سنة ثمان ولم
يزل عتاب اميرا على مكة حتى قبض رسول الله صلى
الله عليه وسلم واقره ابو بكر عليها فلم يزل عليها الى ان مات
وكان وفاته فيما ذكره الواقدي يوم مات ابو بكر الصديق
رضي الله عنه فماتا في يوم واحد وروى عنه عمرو
ابن عوف قال سمعت عتاب بن اسيد يقول وهو
يخطب مسند ظهره الى الكعبة يحلف ما اصبت في
عملي الذي بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا ثوبين كسوتهما مولاي كيسان وقد ذكر الاصحاب
انه عليه السلام فرض لعتاب بن اسيد اربعين اوقية
في السنة والاوقية اربعون درهما وتكلموا في مال
رزقه ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين
وضعت في زمن عمر فقيل انما رزقه من الفيء مما افاء الله
وقيل من المال الذي اخذ من نصارى نجران ومن الجزية
التي اخذها من مجوس هجر وقيل ان رسول الله صلى

الله

221

الله عليه وسلم فرض له كل يوم درهما وكان شريح ياخذ
على القضاء اجرا

كتاب الشهادة

هي لغة
اخبار شي عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان وهو
وشرعا اخبار بحق للغير اي اخبار صدق باثبات حق لغير
المخبر على اخر احترز به عن الاقرار فانه اخبار بحق لغير
المخبر على المخبر وسببها في حق التحمل المشاهدة والسماع
وفي حق الاداء طلب المدعي وركنها استعمال لفظ الشهادة
بلفظ الشهادة لان النصوص وردت بهذا اللفظ فيقيد
بها وتكون عند القاضي لان المقصود منها القضاء بها
وشروطها كثيرة منها ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما
عدلا باجتناب الكباير وعدم الاصرار على الصغاير لقوله
تعالى ممن ترضون من الشهدا والمرضي هو العدل وقوله
واشهدوا ذوي عدل منكم وحكمها وجوب الحكم على القاضي
بما ثبت بها وفي المبسوط والقياس يابى كون الشهادة
حجة ملزمة لانها خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل
لا يكون حجة الا ان هذا القياس ترك بالنصوص والاجماع
وتجب بطلب المدعي لقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا
ما دعوا وقوله ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه
وهاتان الايتان وان كانتا نصين في الاباء والكتمان الا ان
النهي عن الشي امر بضده اذا كان له ضد واحد وانما
القلب بالاثم لانه رييس الاعضا والمضغة التي اذا
صلحت صلح الجسد كله واذا فسدت فسد الجسد
كله كما ورد في الصحيح ثم اداء الشهادة انما يجب اذا كان
الشاهد قريبا من مجلس القضا او بعيدا بحال لو احضر
مجلس الحكم وشهد يمكنه الرجوع الى اصله في يومه

لانه لا يصير عليه حسبة في احضوره وقال تعالى ولا يضار
كاتب ولا شهيد وفي المجتبى تحمل الشهادة فرض على الكفاية
كاداء اداء الانتفاع عن حقوق الناس وعلى هذا الكتابة
الكاتب لقوله تعالى ولا ياب كاتب ان يكتب كما علمه الله
فليكتب الا انه يجوز اخذ الاجرة على الكتابة ولا يجوز على
الشهادة فيمن يجب عليه اداوها باجماع الفقهاء وفيمن
لم يتعين عليه ايضا عندنا وبه قال الشافعي في قول وقال
في اخر يجوز لعدم تعيينه عليه **وسترها** اي الشهادة
في الحدود افضل من اظهارها لما في الصحيحين من حديث
ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ستر
مسلما ستره الله في الدنيا والاخرة الحديث ولانه عليه السلام
لقن المقر بالزنى والمقر بالسرقة لدرء الحد عنه فان قيل
هذا معارض بقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وتقييد المطلق
من الكتاب لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الاية محمولة
على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياقها وهي اية
المداينة وبالاجماع وبقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع
الفاحشة الاية وانما اختصت بذلك الحدود لانها حق الله
تعالى وهو غني عن كل شيء كريم لطيف لعباده بخلاف غيرها
فانه حق العبد وهو محتاج شحيح **ويقول** الشاهد
في السرقة اخذ احياء لحق المسروق له **لا سرق** محافظة
على الستر لان الشهادة بالمال واجبة ان طلب المدعي والستر
في الحدود افضل وفي قوله اخذ مراعاة الامرين **ونصابها**
اي الشهادة **للزنى اربعة رجال** فلا يقبل فيه شهادة
النساء لقوله تعالى لولا جاءوا عليه باربعة شهداء وقوله
ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقوله واللاتي ياتين الفاحشة

من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم لا يدخل على العدد
الا اذا كان معدودة مذكورا وعن عطاء وحماد لو شهد ثلاثة
رجال وامراتان في الزنى قبل لوالاطلاق قوله تعالى اربعة
منكم ولنا ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن حفص
عن حجاج عن الزهري انه قال مضت السنة من
رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
من بعده انه لا يجوز شهادة النساء في الحدود والحاصل
ان الله سبحانه يحب الستر على عباده ولا يرضى
باشاعة الفاحشة ولهذا جعل النسبة الى نفسه
الفاحشة في الاجانب موجبة للحد وفي الازواج موجبة
للعان بخلاف سائر الفواحش لستر بعضهم على بعض
ونصابها للقود وباقي الحدود رجلان لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم مع ما روينا عن
الزهري وقال الحسن البصري لا يقبل في القتل
الا اربعة كالزنى **ونصابها للبكارة والولادة وعيوب
النساء فيما لا يطلع عليه الرجال** امراة والاصل في ذلك قوله تعالى
ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن وقال
الشافعي يشترط الاربع وهو قول عطاء لان كل امراتين
مقام رجل واحد والحجة شهادة رجلين لا رجل واحد
وقال مالك يشترط اثنتان وهو قول الثوري لانه لما
سقط اعتبار الذكورة بقي العدد معتبرا ولنا ما رواه
مجاهد وسعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس
عنه عليه السلام انه قال شهادة النساء جائزة فيما
لا يستطيع الرجال النظر اليه وما روى عبد الرزاق
في مصنفه عن ابن جريج وعن الزهري انه قال

مضت السنة انه يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن
من ولادات النساء وعيوبهن ووجه الدلالة ان النساء
جمع محلى باللام من غير عهد فيكون للجنس فيصدق بالاقل
كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد فيثبت والاقل
وما روى ايضا في مصنفه عن ابراهيم بن ابي يحيى عن
اسحاق عن الزهري ان عمر بن الخطاب اجاز شهادة امراة
في الاستهلال اي صياح الصبي عند الولادة ولا يقبل شهادة
النساء على استهلال الصبي عند ابي حنيفة في حق
الارث وتقبل في حق الصلاة وقال ابو يوسف ومحمد يقبل
في حق الارث ايضا وبه قال مالك والشافعي واحمد لحديث
علي رضي الله عنه انه اجاز شهادة القابلة في الاستهلال
ويقبل فيما لغيرها اي لغير الشهادة على الامور التي
تقدم تفصيلها وهو الحقوق **ورجلان او رجل وامراتان**
سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق
والوكالة والوصية والعتاق والرجعة والنسب وقال
مالك والشافعي واحمد في رواية لا يقبل شهادة
النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجارة
والكفالة والاجل وشرط الخيار ونحوها يكفي للنكاح
ونحوه رجل وامراتان عندنا ومنع مالك والشافعي
انعقاده بحضرة رجل وامراتين ولنا ما روي ان
عمر وعليا اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة
وشرط للكل العدالة وفي الذخيرة والاحسن ما قيل
في تفسيرها ما نقل عن ابي يوسف وهو ان يكون
مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر فيكون
صلاحه اكثر من فساده وصوابه اكثر من خطائه

واما

واما شرط العدالة فلقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
منكم **ولفظ الشهادة** لو قال الشاهد اعلم او اتيقن
لا يقبل شهادته لان النصوص الواردة فيها لم ترد
الا بلفظ الشهادة منها والاستشهاد قال تعالى واقيموا
الشهادة لله وقال واشهدوا اذا تبايعتم وقال
واستشهدوا شهيدين من رجالكم **ويسال القاضي**
عن حال الشاهد عندهما اي عند ابي يوسف
ومحمد **مطلقا** اي في سائر الحقوق والدعاوي سواء
طعن الخصم او لم يطعن **وبه يفتى** لكثرة الفساد في
هذا الزمان بين العباد وهو قول الشافعي واحمد
وقال مالك يجب عليه السؤال اذا شك وان سكت
الخصم الا ان يعرف بعدالتهما لان القضاء مبني على
الحجة وهي شهادة العدول وقال ابو حنيفة رح
يقتصر الحاكم الى ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال
عنه حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص لانهما
يندرئان بالشبهة ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى في
كل منهما ابتداء من غير طعن من خصم رجاء ان يسقطا
ولما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم
على بعض الا محدودا في قذف وفي نسخة الا في
فرية ومثله عن عمر رضي الله عنه وهذا من
صاحب الشرع وخليفته اقوى من تعديل المزكي
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة
كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله صلى

الله عليه وسلم لاهله بالخير والصلاح حيث قال
خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم
وابو يوسف ومحمد كانا بعده وقد تغيرت احوال الناس
وكثرت الخيانات والكذب في الشهادات كما اخبر
عنهم صلى الله عليه وسلم يفشو الكذب فيهم
وكفى السؤال **سرا** في زماننا تحرزا عن الفتنة
وكيفيته ان يبعث القاضي مع العدل المستورة وهي
رقعة فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده
الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا
يسال جيرانه واصدقائه فمن عرفه بالعدالة يكتب
تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة
ومن عرفه بالفسق لا يذكر حاله احترازا عن الهتك
بل يقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم
القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بحاله ومن لم
يعرف حاله يكتب انه مستور ويرد المعدل المستورة
الى القاضي سرا وتزكية العلانية ان يجمع القاضي بين
المزكي وبين الشهود في مجلس القضا فيقال المزكي
عن الشهود بحضرتهم اهؤلاء عدول مقبولوا الشهادة
ليزكيهم او يجرحهم وفيه نفي شبهة تعديل غيرهم
وكانت التزكية في عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم واصحابه علانية لان المعدل كان لا يتوقى عن
الجرح ولا يخاف من المدعي ولا من الشهود لانهم كانوا
منقادين للحق ولا يقابلونه بالاذى لو جرحهم ووقع
الاكتفاء بتزكية السر في زماننا وتركت تزكية
العلانية لانها بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي يقابلون
الجارح

الجارح بالاذى والاضرار به **والاثنان احوط في التزكية**
اي تزكية السر اما في تزكية العلانية فالعدد شرط
بالاجماع لان معنى الشهادة فيها ابين فانها تختص
بمجلس القضا **وفي ترجمة الشاهد** ان يترجم المترجم
عن الشاهد **وفي الرسالة** اي رسول القاضي الى
المزكي ويجوز الواحد عند ابي حنيفة وابي يوسف
وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد
والشافعي يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة
من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية
شهود الزنى اربعة ذكور وفي غيره من الحدود
والقصاص رجلان **ولا يشترط الاشهاد الا في الشهادة
على الشهادة** فانها لا يجوز الا ان يشهد عليها ومن
راى الغصب والنهب او القتل والجرح او السرقة
او سمع الاقرار بمال او منفعة او البيع او الاجارة
او النكاح او الهبة او حكم قاض جاز له ان يشهد
وان لم يشهد عليه لانه علم بما هو موجب بنفسه عيانا
واذا مطلقا للاداء قال تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون واذا سمع شاهد يشهد بشيء لم يجز له ان
يشهد على شهادته الا ان يشهده **ولا يشهد من
راى خطه ولم يذكر شهادته** لان الخط يشبه الخط
وكذا الراوي راو وجد بخطه او بخط غيره انه قرأ
على فلان او سمع كذا حتى يتذكر الرواية وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لكل ان يعمل
بالخط وبه يفتى لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر
واجب وعن ابي يوسف يجوز للراوي دون الشاهد

ولا يشهد بالتسامع لان الشهادة لا تجوز عن علم
والتسامع لا يفيده **الا في النسب والموت والنكاح**
والدخول بزوجته **وولاية القاضي** اذا اخبره بذلك
من يثق به استحسانا **وان تقدا او وقف على كذا** فانه
يشهد بالتسامع لا على شروطه فانه لا يشهد بالتسامع
على شرائط الوقف وعليه الفتوى وفي المجتبى والمختار
انها تقبل على شرائط الوقف ايضا وكان القياس ان
لا تجوز الشهادة بالتسامع في المسائل المذكورة ووجه
الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها
خواص من الناس ويتعلق بها احكام فلو لم تقبل الشهادة
فيها بالتسامع لتعطلت احكامها بخلاف البيع ونحوه
وقال مالك والشافعي واحمد لا تقبل الشهادة بالتسامع
في الدخول لانه مما يعاين كما في الشهادة على الزنا قلنا
الزنا فاحشة فلا يحتاط في اثباتها بخلاف الدخول **اذا**
اخبر بلفظ الشهادة **رجلان او رجل وامراتان عدول**
هذا شرط لجواز شهادة الشاهد بالتسامع في المسائل
المذكورة وانما شرط فيه ذلك ليحصل له نوع علم وهو
اقل ما يصاب به العلم الذي يبنى عليه الحكم في
المعاملات **ويشهد راي جالسا مجلس القضاء** يقول
مطلقا او فيه لراي يدخل عليه الخصوم انه قاض وراي
رجلا وامراة يسكنان بيتا وبينهما انبساط الازواج
انها عرسه وراى **شيئا سوى الرقيق في يد متصرف**
كالملاك انه ملكه وانما قال سوى الرقيق لان الادمي له
يد على نفسه فيدفع يد غيره وصبي اذا ادعى انه حر الاصل
فالقول له فاليد لا يعتبر فيه وكذا لا يعتبر فيه التصرف

وهو

وهو الاستخدام لان الحر قد يخدم غيره هذا اذا كان الرقيق
بالغا او صغيرا يعبر عن نفسه اما اذا كان صغيرا لا يعبر
عن نفسه فهو كالدابة والمتاع وقيد اليد بالمتصرف كالملاك ك
ليحقق دليل الملك بالاتفاق فان الخصاف قال دليل
الملك اليد مع التصرف وهو قول مالك والشافعي
وابن حامد الحنبلي لان اليد تتنوع الى ملك ونيابة
وضمان قلنا ان اليد اقوى ما يستدل به على الملك
وهي مرجع الدلايل في اسباب الملك كلها فيكتفي بها
والمذهب عندنا عدم شرط التصرف لجواز الشهادة
لذي اليد عند ابي يوسف وهو رواية عن محمد انه
يشترط مع ما ذكر ان يقع في قلبه انه له ليحصل له
نوع علم لان الشهادة بلا علم لا تجوز لقوله عليه السلام
اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فلاع ولذا قيل
لو راى درة ثمينة في يد كناس او كتابا بيد جاهل
ليس في ابائه من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد
له واجيب بان اليد اقوى اسباب ظن الملك ولهذا
يقضي القاضي به لاجلها **لكن** ينبغي للشاهد ان يطلق
في اداء الشهادة ولا يقول انما بالتسامع حتى **ان قال**
شهادتي بالتسامع او بحكم اليد بطلت لانه قد اقر
بانه شهد بغير علم ولان القاضي انما يلزم بالشهادة
اذا كانت عن عيان او عن اطلاق لاحتمالها المشاهدة
فيحمل عليها اما اذا كانت عن تسامع او روية في يد
فانها لا تزيده علما فلا يجوز له ان يحكم بها **ومن شهد**
انه حضر دفن فلان او صلى عليه قبلت شهادته
لانه شهد عن علم **وهذا عيان** حتى لو فسر للقاضي قبل

بعدا **فصل تقبل الشهادة من اهل الاهواء**
وهو جمع هوى يعني ميلان النفس الى من يستلذ
به الطبع من غير داعية الشرع قال تعالى افرايت
من اتخذ الهه هواه وقال ومن اضل ممن اتبع
هواه بغير هدى من الله سموا بذلك لمتابعتهم
انفسهم وبمخالفتهم اهل السنة والجماعة وانما قبلت
شهادتهم لان فسقهم من حيث الاعتقاد وما
اوقعهم فيه الا التعمق والغلو في الدين والفاسق
انما ترد شهادته لتهمة الكذب وقد قال
عليه السلام لا شهادة لمتهم والفسق من حيث
الاعتقاد لا يدل على الكذب **الا الخطابية** وهم
قوم من الروافض ينسبون الى ابن الخطاب
محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا
للمدعي اذا حلف انه محق ويقولون المسلم لا يحلف
كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت التهمة في شهادتهم
وقيل لانهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على
غيره يجب ان يشهد له بقيتهم وفي شرح الاقطع
انهم قوم ينسبون الى الخطاب رجل خرج بالكوفة
وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله ابن
عباس وكان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق
الاله الاصغر وكان اظهر الدعوة الى جعفر فتبرا
منه ودعا عليه فقتل هو واصحابه قتله عيسى
وصلبه بالكناسة واما غيرهم فمنهم من يكفر
بالذنب كالخوارج ومنهم من يخرج المذنب عن الايمان
لم يسم مؤمنا ولا يدخله في الكفر كالمعتزلة وذلك يكون

اقوى

اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج عن
الدين كمن تناول المثلث او متروك التسمية عمدا
اباحته فانه لا يصير مردود الشهادة وشرط في
الذخيرة ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه كالجهمية
وفي النهاية اصول اهل الهوى ستة الجبر والقدر
والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل وكل واحد
ينقسم الى اثني عشر فرقة وقال مالك لا يقبل
شهادة احد اهل الاهواء لانه اغلظ وجوه الفسق
وقال احمد لا يقبل شهادة ثلاثة من اهل الاهوا
القدرية والجهمية والرافضة **ويقبل من الذمي**
على مثله اي على ذمي آخر وان تخالفا ملة كاليهود
والنصارى ومن الذمي **على المستأمن** وقال مالك
والشافعي لا يقبل لان الله تعالى قال واشهدوا
فر ذوي عدل منكم وقال ممن ترضون من الشهداء والكافر
ليس بعدل ولا مرضي ولا منا فصار كالمرتد حيث
لا يقبل شهادته على مثله ولا على غيره ولنا ما
اخرجه ابن ماجه في سننه عن مجالد عن الشعبي
عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض واذا قبل
الذمي عند اتحاد الملة قبل عند اختلافها اذ لا
قائل بالفصل الا ان مجالد فيه مقال وما في سنن
ابي داود بهذا الاسناد جاء اليهود برجل وامراة منهم
زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه بابني صوريا
فنشدهما الله كيف تجدان امر هذين في التورية

فالاخذ منهما اذا شهد اربعة منهم انهم راوا ذكره في فرجها
كالميل في المكحلة رجما فقال فما يمنعكما ان ترجموهما قالا
ذهب سلطاننا فكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالشهود فجا اربعة فشهدوا انهم
راوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة فامر النبي صلى
الله عليه وسلم برجمهما واسند الطحاوي الى الشعبي
عن جابر وفيه انه صلى الله عليه وسلم قال ايتوني
باربعة منكم يشهدون ويقبل من المستامن
على مثله لما تقدم لانه لا ولاية له على الذمي لان الذمي
اعلا حالا منه لانه من اهل دارنا فلا يقبل شهادته
عليه ان كانا من دار واما لو كانا من دارين كالترك
والروم لا يقبل لان اختلاف الدار يقطع الولاية
ولهذا لا يتوارثان ويقبل من عدو بسبب الدين لان
معاداته من ديانته يدل على عدالته ويقبل من اجتنب
الكبائر ولم يصر على الصغائر وغلب صوابه على خطاه
وصلاحه على فساده اذ العدل من كان كذلك على ما
نقل عن ابي يوسف والحاصل ان ارتكاب الكبائر يوجب
سقوط العدالة وارتكاب الصغيرة لا يوجب سقوطها
لان ارتكاب الكبيرة يدل على تهاون مرتكبها في الدين
لان المصر والمتهاون لا يمتنع من شهادة الزور وارتكاب
الصغيرة لا يدل على التهاون في الدين الا ان يصر
عليها لان الصغيرة تصير بالاصرار عليها كبيرة كذا في
الذخيرة ويقبل من الاقلف وهو الذي لم يختتن لان
ذلك لا يخل بالعدالة وهذا اذا كان عن عذر وهو
الكبر وخوف الهلاك واما اذا كان من غير عذر فان

شهادته لا تقبل لانه مستحق بالختان ومع الاستحقاق
به لا يكون عدلا لان الختان للذكور واجب عند الشافعي
واحمد وعندنا وعند مالك سنة وهو قول للشافعي
ولم يقدر ابو حنيفة مدته بشيء لان التقدير لم يرد في
الكتاب ولا في السنة وطريق معرفة التقادير السماع
وقدرها المتاخرون بسبع سنين الى عشر وقيل
اليوم السابع من ولادته وبعد السابع ان احتمل الصبي
ذلك وعن بعض اصحاب الشافعي لا يختن حتى يصير ابن
عشر ويقبل من الخصي لما روى ابن ابي شيبة في
مصنفه عن ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين
ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة علقمة
الخصي على ابن مظعون وفي حلية ابي نعيم ثنا
اسماعيل بن مسلم عن ابي المتوكل بن الجارود عن
ابيه انه شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال لعمر
هل معك شاهد اخر قال لا قال يا جارود ما اراك
الا مجلودا قال يشرب ختنك الخمر واجلد انا
فقال علقمة الخصي لعمر اتجوز شهادة الخصي قال
وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني اشهد
اني رايته يتقياها فقال عمر ما قاءها حتى شربها
فاقامه ثم جلده كذا رواه الشارح مرسلا وروى
غيره عن عمر موقوفا ولانه قطع منه عضو ظلما
كما لو قطعت يده ويقبل من ولد الزنى لان فسق
الوالدين لا يوجب فسق الولد ككفرهما واما حديث
ولد الزنى شر الثلاثة فباطل لا اصل له وعلى
تقدير ثبوته يحمل على غالب حاله وقال مالك

لا تقبل شهادته في الزنى للتهمة لانه يجب ان يكون
غيره مثله واجيب بان العدل لا يحبه ذلك والكلام
فيه وتقبل من العمال اي عمال السلطان وهم
الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات
لقوله تعالى والعاملين عليها ولان بعض الصحابة
كانوا عمالا لان العمل ليس بفسق وانما الفسق الظلم
وقيل هم الامرا وفي شرح الوافي هذا في زمانهم لان
الغالب عليهم الصلاح واما في زماننا فلا تقبل شهادة
العمال لغلبة ظلمهم وتقبل شهادة الانسان
لاخيه وعمه وابويه رضاعا وامراة ابيه وابنه
وزوج بنته واصل امراته وفرعها لان الاملاك
بينهم متميزة والايادي متخيرة لا من اعمى اي لا
تقبل الشهادة من اعمى وقال زفر وهو رواية عن
ابي حنيفة يقبل فيما يجري فيه التسامع وبه
قال مالك والشافعي واحمد وكذا ابو يوسف وهو
قول النخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير
والثوري لان الحاجة في ذلك الي السماع ولا خلل
من الاعمى في ذلك واما شهادته في الحدود والقصاص
فلا تقبل بالاجماع وفي المبسوط ولا يجوز شهادة
الاخرس لان الادا يختص بلفظ الشهادة وهي لا
يتحقق منه وقال الشافعي في الاصح تقبل اذا
كان له اشارة مفهومة ولا من مملوك لان الشهادة
من باب الولاية وهو لا يلي على نفسه فاولي ان
لا يلي على غيره ولا من محدود في قذف وان تاب
اي ظهر توبته او كذب نفسه في قذفه وقال مالك

والشافعي

والشافعي واحمد يقبل لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم
شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا
فان الاستثنا اذا تعقب جملا بعضها معطوف على بعض
ينصرف الي الكل كقول القايل امراته طالق وعبده
حر وعليه الحجة الا ان يدخل الدار فان الاستثنا ينصرف
الي جميع ما تقدم وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا معطوف على قوله فاجلدوهم والعطف للاشتراك
فيكون رد الشهادة من الحد والحد لا يرتفع بالتوبة
ولا نسلم ان الاستثنا في الاية تعقب جملا بعضها
معطوف على بعض لانه يعقب جملة اولئك هم
الفاسقون وهي جملة مستانفة لان ما قبلها امر
ونهي فلم يحسن عطفها عليه بخلاف المثال فان الجمل
كلها فيه انشائية معطوفة فيتوقف كلها على اخرها
حتى اذا وجد المغير تغير الكل وقال ابن عباس توبته
فيما بينه وبين الله فاما نحن فلا نقبل شهادته
وعن ابراهيم وشريح مثله لا من حد في كفر فاسلم
فان شهادته يقبل بعد الاسلام ولا من عدو بسبب
الدنيا لانه لا يومن التقول على عدوه ولا من سيد لعبده
قنا كان او مدبرا او ام ولد ومكاتبه لان شهادة لنفسه
من وجه ولا لشريك من شريكه فيما يشترك فانه
لانها شهادة له من وجه فيد بما يشترك لانها يقبل
في غيره لانتفاء التهمة وكان حقه ان يقول ولا احد
الزوجين للاخر كالاصل لفرعه وبالعكس وان
بعد الخ اخرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق عن
شريح انه قال لا يجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب

لابنه ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا الشريك لشريكه
في الشي بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن استاجره
ولا العبد لسيده وروى ابن ابي شيبة عن سفيان
وابراهيم مثله وقد اسنده الخصاف وهو ابو بكر الرازي
الذي شهد له اكابر المشايخ انه كبير في العلم فقال ثنا
صالح بن زريق وكان ثقة قال ثنا مروان بن معاوية
الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن
عروة عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا يجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالديه ولا
المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا
السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استاجره
قيل المراد بالاجير التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه
ضرر نفسه وهو معنى قوله عليه السلام ولا القانع
باهل البيت الحديث وقبل الشافعي شهادة احد
الزوجين للاخر لانه ليس بينهما بعضية والزوجية
قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا
للميل والمحبة فهي نظير الاخوة او دونها فانها تحتمل القطع
والاخوة لا تحتمل والجواب ان التعليل في معرض
النص غير مقبول ولا من مخنث وهو المتشبه بالنساء
في لين الكلام وتكسر الاعضا لفعل الردي وهو علين
الرجال منه واما من لم يفعل الردي فتقبل شهادته
ولا من نايحة ولا من مغنية لان رفع المراة صوتها
حرام وفي الذخيرة ولم يرد بالنايحة التي تنوح في
مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها لاجلها لابوين
ان ترتكب شهادة الزور لاجل المال فكانت حتى المال

ان يتقيد هما باجرة ولا من مدمن الشرب من الخمر والسكر
وغيرهما من المحرمات على اللهو وانما شرط الادمان وهو
المداومة ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر
سرا ولا يظهر ذلك منه لا تسقط عدالته وان كان
شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه
او يخرج وهو سكران يلعب به الصبيان فانه لا يحترز
عن الكذب عادة كذا في الخانية وشرح الوافي والصواب
ما في النهاية عن الذخيرة ان المراد به الادمان في
النية فان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا
وجده والحاصل ان المراد به من شربه ولم يتب فانه
فاسق ومما يدل عليه قولهم ولا يقبل شهادة من
يجلس في مجالس الفجور والشرب وان لم يشرب
لانه يتشبه بهم ولم يحترز من ان يظهر عليه ما يظهر
عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور ثم قيد اللهو
احترازا عما من شرب لدفع اللقمة في حلقه ولا من
يلعب بالطيور لما في سنن ابي داود عن ابي هريرة
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم راى رجلا يتبع
حمامة فقال شيطان يتبع شيطانة او الطنبور
لانه من اللهو المحظور وفي قوله يلعب ايماء الى انه
لو اتخذ طيورا في بيته للاستيناس لا يكون مسقطا
للشهادة لان اتخاذ الحمام في البيوت للاستيناس
مباح او من تغني للناس لانه يجمع الناس على اللهو
واللعب فلا يمتنع عادة من اتيان المحارم والكذب
اما لو كان لازالة الوحشة عن نفسه من غير ان
يسمع غيره فلا باس به على الصحيح ثم انشاد الشعر

ان كان فيه وعظ وحكمة فجائز بالاتفاق وان كان فيه
ذكر امراة غير معينة او معينة وهي ميتة فلا باس
به وفي المعينة الحية مكروه او من يرتكب ما يحد به
لانه فاسق لا يؤمن من الكذب والزور وقد قال
تعالى يا ايها الذين امنوا ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا
والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة او من يدخل
الحمام بلا ازار لانه يرتكب محرما وهو كشف العورة
او من ياكل الربا او من يقامر بالنرد او الشطرنج
او من يفوته الصلاة بهما لان ذلك كله حرام وشرط
محمد في الاصل ان يكون اكل الربو مشتهرا به لان
الانسان قلما يخلو عن مباشرة عقد فاسد وذلك
ربوا بخلاف الامثال المذكورة حيث لا يشترط فيه ذلك
لان التحرز عنه ممكن ثم اللعب بالنرد بمجرده يسقط
الشهادة لما روى ابو داود عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال من لعب بالنردشير فقد عصى ابا القاسم
واللعب بالشطرنج يسقطها اذا اقترن بالادمان
او بالقمار او بفوت الصلاة او بكثرة الحلف واما اذا لم
يقترن به شي من هذه الامور فانه عند مالك والشافعي
يباح مع الكراهة وعندنا وعند احمد يحرم فكان حق
الماتن ان يقول او يلعب بالنرد او يقامر بالشطرنج
او من يبول على الطريق او من ياكل فيه لانه اذا كان
لا يستحي عن مثل ذلك لا يستحي عن الكذب فيتهم
في الشهادة او من يظهر سب السلف وهم الصحابة
والتابعون ومن اقتفى اثرهم في الدين ولا تقبل الشهادة
على جرح مجرد وهو اي الجرح المجرد ما يفسق الشاهد

ولم يوجد حقا للشرع او للعبد مثل هو اي الشاهد
فاسق او اكل ربوا او شارب خمر او زان او قاتل نفس
او شاهد زورا وانه اي المدعي استاجرهم اي الشهود
او انهم اقروا انهم شهدوا بالزور او انهم اقروا ان المدعي
مبطل في هذه الدعوى او انهم اقروا ان الشهادة تجب
على المدعى عليه في هذه الحالة لان الشهادة انما تقبل
على ما لا يدخل تحت حكم القاضي وفيما ذكر يبعد الزامه
ومجرد الفسق ينبغي لذلك لان الفاسق يرتفع فسقه
بالتوبة ولعله تاب في مجلسه او قبله فلا يتحقق الالزام
ولانها اشاعة الفاحشة من غير ضرورة واشاعة
الفاحشة فسق لقوله تعالى ان الذين يحبون ان
تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم
فان قيل فيها ضرورة وهي منع الظالم عن الظلم
اجيب بانه لا ضرورة فيها لامكان اخباره القاضي
سرا حتى يرد شهادتهما وتقبل الشهادة على اقرار
المدعي بفسقهم لانهم ما اظهروا الفاحشة بل
شهدوا على اظهار غيرهم فلا يوجب ذلك فسقهم
وتقبل على انهم عبيد لان فيها اثبات حق الرق
او على انهم شاربوا خمر ولم يتقادم لان فيه اثبات الحد
اما في التقادم لا يقبل لعدم الحد او على انهم قذفة
بفتح المعجمة جمع قاذف وهذا اذا كان المقذوف يدعي
القذف لتعلق الحد بهم او على انهم شركا المدعي لان فيه اثبات انهم
او على انهم شركا المدعي حق الشركة او على انه اعطاهم
الاجرة لها اي للشهادة من ماله الذي كان في يده
وطلب استرداده لانه خصم في ذلك او على اي دفعت

إليهم كذا من المالك كيلا يشهدوا عليه وقد شهدوا
وطالبهم برد ذلك المال لأنهم أخصام في ذلك وشرط
في قبول الشهادة موافقة الشهادة الدعوى وهنا
في حقوق العباد لأن الشهادة في حقوق الله واجبة
على كل أحد فكان كل واحد منهما خصما في إثباتها وحقوق
العبد يتوقف على مطالبته أو مطالبة من يقوم مقامه
فلو ادعى دارا إرثا أو شراء فشهدا بملك مطلق لا تقبل
لأنهما شهدا بأكثر مما ادعى لأنه ادعى ملكا حادثا وشهدا
بملك قديم لأن الملك المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق
المدعي به الزوائد ولو ادعى ملكا مطلقا وشهدا بملك
بسبب معين يقبل لأنهم شهدوا بأقل مما ادعاه فلم
يخالف شهادتهما الدعوى بخلاف الأول كاتفاق الشا
أيضا كما شرط اتفاقهما لفظا ومعنى عند أبي حنيفة
واكتفيا بالمعنى كمالك والشافعي فترد في ألف وألفين
أي في شهادة أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين
وتقبل عند أبي يوسف ومحمد على الأقل إذا كان المدعي
يدعي الأكثر وبه قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية لأنهما
اتفقا على ألف وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا
عليه دون ما على كل واحد مما تفرد به أحدهما ولأبي
حنيفة أنهما اختلفا لفظين غير مترادفين فاختلفا
معنى وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد ألا ترى
أنه لو شهد أحدهما بأنه قال لامرأته أنت خلية وشهد
الآخر بأنه قال لها أنت برية لا يثبت شيء وإن اتفق
المعنى وفي النهاية إذا كانت المخالفة بينهما في اللفظ
ليس دون المعنى تقبل نحو أن يشهد أحدهما بالنكاح

على

على الهبة والآخر على العطية لأن اللفظ ليس بمقصود
في الشهادة بل المقصود ما صار اللفظ علما عليه وهو
الموافقة في ذلك لا يمنع المخالفة فيما سواها وكذا إذا
شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج ويثبت في ألف
وألف ومائة الأقل عند دعوى الأكثر لاتفاق الشاهد بين
على الأقل لفظا ومعنى لأن المائة عطف على الألف والعطف
يقرر الأول ولأن المعطوف غير المعطوف عليه فكان
كالمثنى والألفان كلمة واحدة فإن قيل لو ادعى العين
وشهدا بالألف تقبل اتفاقا مع أن شرط صحة القضا
الموافقة بين الشهادة والدعوى ولم يوجد أجيب
بأن الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس
بشرط على حسب الاتفاق في اللفظ بين شهادتي
الشاهدين إن قصد المدعي المال لا العقد أما لو
قصد العقد فالشهادة باطلة لأن العقد يختلف
باختلاف الثمن فكان هناك عقدان لم يتم نصاب
الشهادة على واحد منهما فإن ادعى الشراء مثلا فشهد
أحدهما على الشراء بألف والآخر بألف ومائة لا يثبت
الشراء لاختلاف المشهود به ولا فرق بين أن يدعي المدعي
الأقل أو الأكثر فتقبل شهادة أحدهما بألف والآخر
بألف وخمسمائة في عتق بمال وصلح عن قود ورهن
وخلع إن ادعى من له المال بأن ادعى في العتق
المولى وفي الصلح ولي المقتول وفي الرهن المرتهن
وفي الخلع الزوج لأن قصد كل منهم إلى المال فكان
كمدعي الدين فقيد بكون المدعي من له المال لأنه لو
كان الآخر وهو العبد في العتق والقاتل في الصلح

والترافع في الوصف والمراة في الخلع كان القصد الى اثبات
العقد فكانت الشهادة باطلة والاجارة مثل البيع في اول المدة
وهو ما يقصد منه الى اثبات العقد سواء كان المدعي المؤجر
او المستاجر وسواء كانت الدعوى باقل المالين او باكثرهما
واما بعدها اي بعد المدة فيثبت ما اتفق عليه الشاهدان
وهو الاقل اما لو كان المدعي هو الاجر فلانه لا حاجة حينئذ
الى اثبات العقد واما ان كان المستاجر فلان ذلك منه
اعتراف بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به من غير حاجة
الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما وهذا اذا كان المدعي يدعي
الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر
لان المدعي يكذبه ويثبت النكاح بالف يعني باقل المالين
سواء ادعى الزوج او المراة عند ابي حنيفة خلافا لهما ومالك
والشافعي فان عندهما يبطل الشهادة ولا يقضي بشيء لان
الحاجة الى اثبات العقد والنكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة
ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه وهو
الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل
فيبقى العقد سالما عن الاختلاف فيلزم ويقضي بالاقل
لما وقع فيه الاختلاف وهو المال كما في الدين ويستوي فيه
ان يكون المدعي الزوج او المراة ثم الاصل ان المشهود به ان كان
قولا كالبيع فاختلاف الشاهدين بالمكان او بالزمان لا يمنع
الشهادة لان القول مما يعاد وان كان المشهود به فعلا
كالغصب والقتل والجرح او قولا والفعل فيه شرط كالنكاح
فانه قول وحضور الشاهدين فعل فاختلاف الشاهدين
بالزمان او المكان يمنعها ولزم الجر اي ان يجر الشاهد
في دعوى الارث الميراث الى المدعي بقوله في الشهادة

لمن ادعى شيئا في يد غيره انه ميراثه من ابيه مات وتركه
ميراثا له او مات وذا ملكه وقت الموت لثبوت الانتقال
ضرورة او مات وذا في يده لان اليد المجهولة عند الموت
تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا للتركة
الحفظ والمضمون يملكه الضامن ولان الظاهر من حال
من حضرت الموت ان يبين ما كان عنده من الودائع والغصوب
فاذا لم يبينه فالظاهر انه ملكه فان قال الشاهد في دعوى
الارث كان لابيه اودعه او اعاره او اجره او رهنه او غصبه
منه من في يده جاز بلا جر لان اثبات يد من يقوم مقامه
يغني عن اثبات الملك وقت الموت فاكتفى به عن ذكر
الجر وتقبل الشهادة على الشهادة الا في حد وقود
وزاد مالك تقبل في كل الحقوق وبه قال الشافعي في الاصح
لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة
الاصول وصار الفروع كالترجمان ولنا ان القياس ان لا يجوز
الشهادة على الشهادة لان الاخبار اذا تداولتها الالسنة تمكن
فيها شبهة النقصان والزيادة وانما جوزناها استحسانا
لحاجة الناس واما لا يجوز في حد ولا قود لانهما يندرئان بالشبهة
وفي الشهادة على الشهادة شبهة من حيث البدلية
واجازهما مالك والشافعي فيهما نظرا الى حق العبد وشرط
لها اي للشهادة على الشهادة تعذر حضور الاصل
بموت او مرض لا يستطيع معه الحضور الى مجلس القضاء
او سفر مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا لان جوازها للحاجة
وهي عند عجز الاصل وهو يتحقق بهذه الاشياء وعن
ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء للحقوق

العباد ودفعا للحرج عن الشاهد لان في ثبوته عند
عشر اهله حرجا في حقه وبه قال الشافعي في قول
واحمد في رواية واخذ به ابو الليث وكثير من المشايخ
وذكره محمد في السير الكبير وفي الذخيرة عن محمد انه
يجوز كيف ما كان حتى لو كان الاصل في زاوية المسجد
والفرع في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل وشرط
شهادة عدد رجلين او رجل وامراتين عن كل اصل
لما روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي انه قال لا يجوز
على شهادة الميت الا رجلان ولفظ الجعد ابه عن علي
لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين وما
روي من ابي شيبة في مصنفه عن الشعبي انه قال
لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين
لا اي لا يشترط تغاير فرعي هذا الاصل وفرعي ذاك
الاصل حتى لو اشهد احد الاصلين على شهادته
شاهدين واشهدهما الاخر بعينهما على شهادته
جاز وقال الشافعي في وجه لا يجوز الا اربع على كل اصل
شاهدان ولا يكفي شهادة فرد على شهادة اصل
وشهادة فرد اخر على شهادة الاصل الاخر الا على
قول الحسن البصري وعثمان البتي وابن ابي ليلى
والعنبري ويقول الاصل في اشهاده كل اصل الفرع
اشهد على شهادتي اني اشهد بكذا لان الفرع كالنائب
عن الاصل فلا بد من التحميل والتوكيل له ومن يشهد
الاصل عنده ثم يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس
القضا ويقول الفرع في اداء الشهادة عند الحاكم
اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال لي

اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من ذكر شهادته
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل وهو مجمل بهذا
وفيه خمس شينات وصح تعديل الفرع اي تزكية
الشاهد الفرع الاصل وتعديل احد الشاهدين الاخر
بان شهد شاهدان في واقعة فزكى احدهما الاخر
لانه من اهل التزكية فكانت تزكيته كتزكية غيره
وانكار الاصل تبطل شهادة الفرع لان التحميل شرط
وهو لم يثبت للتعارض بين خبر الفروع وخبر
الاصول ومن اقر انه شهد زورا او شهد بقتل رجل
او موته ثم جاء ذلك الرجل حيا شهر في الاسواق ولم
يعزر بضرب ولا يحبس عند ابي حنيفة وعزر بالضرب
والحبس عند ابي يوسف ومحمد وباقي العلماء غاية قدر ما
يراه القاضي حتى يظهر توبته ثم التشهير لاعلام الناس
حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك والتعزير لارتكاب
كبيرة فشهادة الزور من اعظم الكبائر فانها عدلت
الشرك بالله تعالى في قوله سبحانه فاجتنبوا
الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفيه
اشارة الى عظم حرمة المسلم بعد جعل الله شهادته
عليه بالزور كالشهادة على ذاته بالزور والحاصل
ان شاهد الزور يعزر بالاتفاق سواء اتصل القضاء
بشهادته او لم يتصل لانه ارتكب كبيرة اتصل ضررها
بالمسلمين وليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا له الا
انهم اختلفوا في كيفية تعزيره فقال ابو حنيفة
بتشهيره فقط وقال غيره بضربه وحبسه لما روى
ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابي خالد عن حجاج عن

مكحول عن الوليد بن ابي مالك ان عمر ابن الخطاب
رضي الله عنه كتب الي عماله بالشام في شاهد الزور
يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق راسه
ويطال سجنه ومعنى يسخم بالخا المهملة والمعجمة يسود
من الاسحم وهو الاسود وهذا الاثر دليل على اثبات
الضرب ونفي قول ابي حنيفة الا انهما لا يقولان
بالتسخيم ومحمد لا يقول بتبليغ التعزير الي اربعين
ولابي حنيفة ما روي محمد في الاثار عن ابن ابي الهيثم
عمن حدثه عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد زور
فان كان من اهل السوق قال للرسول قل لهم ان
شريحا يقروكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا
شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسله
الي مسجد قومه اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما
قال في المرة الاولى فان قيل ابو حنيفة لا يري تقليد
التابعي اجيب بانه لم يذكر فعل شريح مستدلا به وانما
ذكره لبيان انه يستند بهذا القول بل سبقه اليه غيره
او استدلاله انما هو بتجويز الصحابة الذين فعل شريح
فانه كان قاضيا في زمن عمر وعلي ومثل هذا التشهير
لا يخفى على الذين كان هو في زمنهم واما حديث عمر
فمحمول على السياسة وتوقال غلطت او نسيت
او اخطات او رد شهادته لتهمة او مخالفة
بين الدعوى والشهادة او بين الشهادتين لا يعزر
والرجال والنساء واهل الذمة في حكم شهادة الزور
فسقه وقد زال وقدره بعضهم مدة ذلك لستة
اشهر وبعضهم بسنة لان مضي الزمان بتغير حاله الا انا

[illegible]

والله

والله المستعان والصحيح انه مفوض الي راي القاضي وان
كان عدلا او مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان عدالته
لا يعتمد وروي الفقيه ابو جعفر عن ابي يوسف
انها يقبل وبه يفتى فصـــل لا رجوع عنها
اي لا يصح الرجوع عن الشهادة الا عند قاض اي
قاض كان لان الرجوع عن الشهادة فسخ لها فيختص
بما اختصت به وهو كونها عند قاض كفسخ البيع
حيث يشترط فيه ما يشترط في البيع من قيام المبيع
ورضي المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة
عما ارتكب من قول في مجلس القضا فليكن توبته
بالرجوع كذلك هكذا في الهداية والكافي اخذا من
المبسوط وتوجيهه بما ورد من انه عليه السلام قال
اذا احدثت ذنبا فاحدث لله توبة السر بالسر
والعلانية بالعلانية فان رجعا عنها قبل الحكم سقطت
لان الحق انما يثبت بالقضا والقاضي لا يقضي بكلام
متناقض ولم يضمنا لانهما لم يتلفا شيئا على المدعي
ولا على المدعى عليه وان رجعا عنها بعده اي بعد
الحكم لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم في الدلالة على الصدق
مثل اوله وقد ترجح الاول باتصال القضا به وضمنا
ما اتلفاه للمشهود عليه بها اي بشهادتهما لاقرار
على انفسهم بسبب الضمان والتناقض يمنع الاقرار
اذا قبض المدعي مدعاه دينا كان او عينا لان الاتلاف
يتحقق بقبض المدعي مال المدعى عليه وفي ذلك لا
يتفاوت الحكم بين العين والدين والعبرة للباقي
لا للراجع اذ لولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من

ف

هم

يقوم الحق بشهادتهم بان بقي النصاب فان رجع احد
ثلاثة شهدوا بحق وقضى القاضي به وقبضه المدعي
لم يضمن لان شهادة الشاهدين يكفي لثبوت الحق
وبه قال الشافعي في غير الزنى والكلام فيه فصار
الحق مستحقا بهما وقال احمد يضمن ثلث الحق وبه
قال الشافعي في قول ومالك في رواية فان رجع اخر
منهما اي الراجع اولا والراجع ثانيا نصفا لانه بقي من
الثلاثة واحد فبقي ببقائه نصف الحق وان شهد
رجل وعشرة نسوة ثم رجعوا فعلى الرجل سدس
عند ابي حنيفة وعلى النسوة خمسة اسداس وبه
قال مالك والشافعي واحمد ونصف عندهما وعلى
النسوة النصف الاخر وبه قال ابو العباس من
اصحاب الشافعي لان النسوة وان كثرت يقمن مقام
رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا اذا شهد
معهن رجل فكان الثابت بشهادتهن نصف
المال وبشهادة الرجل النصف الاخر وذلك لقوله
عليه السلام في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين
بشهادة رجل وان رجعن اي النسوة العشرة فقط
اي ولم يرجع الرجل فعليهن نصف من الحق اتفاقا
لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وبه
قال الشافعي في قول وقال احمد والشافعي في قول
اخر عليهن خمسة اسداس بناء على ان العبرة
للراجع وكذلك ان رجع الرجل وحده عليه نصف
الحق لبقاء ما يقوم بالنصف وضمن الفرع ان رجع
هو والاصل عند ابي حنيفة وابي يوسف لان القضا

وقع

وقع بشهادة الفروع فكانوا مباشرين والاصول
متسببين واذا اجتمع المباشر والمتسبب كان الضمان
على المباشر وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء
ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء
وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين
شهادتهم وبشهادة الاصول من حيث ان الفروع
نائبون عنهم وناقلون لشهادتهم بامرهم فيتخير
في تضمين اي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان
لان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع
على شهادة الاصول فلا يجمع بينهما في التضمين بل
يجعل كل فريق كالمنفرد ولو رجع شهود الاصل بان
قالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او اشهدناهم
وغلطنا لا يضمنون وقال محمد يضمن شهود الاصل
وضمن المزكي اذا رجع عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن
لا شاهد الاحصان اي لا يضمن شاهد وجود
الشرط اذا رجعوا اي شاهد اليمين شهود الاحصان
واذا رجعوا وهو قول الشافعي ورواية عن احمد
سواء رجعوا مع الشهود او وحدهم وقال زفر
واحمد والشافعي في قول ومالك في رواية يضمنون
لان الزنى صار موجبا للرجم بقولهم فكان
في معنى علة العلة ولنا ان الاحصان شرط محض
لا يضاف الحكم اليه كما يعرف في الاصول وضمن
شاهد اليمين اي التعليق لا الشرط اي لا يضمن
شاهد وجود الشرط اذا رجعوا اي شاهد اليمين
وشاهد وجود الشرط فلو شهدا بتعليق العتق

او الطلاق قبل الدخول للشرط وشهد اخران بوجود
الشرط فقضى القاضي ثم رجعوا كلهم ضمن شهود اليمين
قيمة العبد ونصف المهر لا شهود وجود
الشرط وقال زفر يضمنون لان التلف حصل لشهادة
الفريقين جميعا ولو رجع شهود الشرط وحدهم
بان كانت اليمين ثابتة بالاقرار ضمنوا بحال عند
والبه بعض المشايخ واليه مال فخر الاسلام والصحيح
ان شهود الشرط لا يضمنون بحال واليه مال شمس
الائمة السرخسي والله اعلم ولو رجعوا بعد ما شهدوا
بقصاص ضمنوا الدية وان قالوا تعمدنا الكذب
ولا يقتص منهم عندنا وبه قال وحكم الشافعي
بالقصاص ومعه اشهب المالكي لانهم قالوا تعمدنا
وصاروا كالمكره ولان كل واحد قاتل تسبيبا ولنا ان
القصاص جزاء مباشرة القتل ولم يوجد منهم
مباشرة لانها بفعل الولي بخلاف المكره لان المكره
صار الة للمكره فاضيف فعله اليه لان اختياره
فاسد واختيار المكره صحيح على انه ان لم يقطع
النسبة بالكلية اورث الشبهة وهي
مانعة للقود بخلاف الدية لان المال يثبت مع
الشهادة والله اعلم **كتاب الاقرار**
وهو لغة افعال من قر الشي ثبت وشرعا
اخبار بحق لاخر عليه فخرجت الشهادة فانها اخبار
بحق لاخر على غيره والدعوى فانها اخبار بحق
لنفسه على اخر **وحكمه** اي الاقرار **ظهور المقر به**
اي لزوم على المقر ما اقر به لوقوعه دليلا على صدق

الخبر

236

المخبر به قال الله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء
لله ولو على انفسكم والشهادة على نفسه هو
الاقرار وقال عز وجل بل الانسان على نفسه بصيرة
اي شاهدة بالحق وقد رجم النبي صلى الله عليه
وسلم باقراره على نفسه بالزنى **لا انشاؤه** لان
الاقرار اخبار بوجود المقر به والاخبار اظهار
به لا ايجاد له **فصح الاقرار بالخمر للمسلم** ولو كان الاقرار
انشاء لما صح لان المسلم لا يصح له تمليك الخمر
لا بطلاق اي لا يصح الاقرار بطلاق **وعتق مكرها** ولو
كان انشاء لصح لان طلاق المكره واعتاقه واقعان
عندنا وانما خص الطلاق والعتاق بالذكر مع ان كل
اقرار مع الاكراه غير صحيح لانه اراد ان يبين ان الاقرار
لا انشاء ليس بانشاء فلو اقر حر **مكلف بحق**
صح ولو كان الحق **مجهولا** لان جهالة المقر لا يمنع صحة
الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا
يدري قيمته او جرح جراحة لا يدري ارشها او بقي
عليه بقية حساب لا يعرف قدرها وهو يحتاج
لابراء ذمته بالايفاء او بالارضاء بخلاف الجهالة على الف
لاحد هذين بالمقر له سواء تفاحشت بان قال علي
الف درهم لواحد من الناس او لم تتفاحش على الاصح
بان قال لك علي الف لاحد هذين لان المجهول لا يصلح
مستحقا اذ لا يمكن الجبر على البيان من غير تعيين
المدعي ولو كان المقر عليه مجهولا بان قال لك
على احدنا الف درهم لا يصح اتفاقا لان المقضي عليه
مجهول ذكره في النهاية فيقبل ولان المراد صحة الاقرار

مطلقا والعبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال
الى ما بعد العتق وعن احمد ان اقرار العبد بالحد
والقصاص فيما دون النفس يصح وبالقصاص
في النفس يتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني
وداود وابن جرير الطبري لانه به يسقط حق سيده
فاشبه الاقرار بقتل الخطا وقيد بالمكلف لان اقرار
المجنون والمعتوه والصبي العاقل لا يصح لانعدام
اهلية الالتزام والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم
التمييز واقرار السكران من محرم يلزم الا فيما يقبل
الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى والسكران كان
بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزم من اقراره شي
ولزمه اي المقر بيانه اي المجهول حتى لو امتنع
عن البيان اجبر عليه بماله قيمة لانه اخبر باقراره
عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فكان
رجوعا والقول له اي للمقر مع يمينه ان ادعى المدعي
له اكثر منه لان المقر هو المنكر ولا يصدق المقر في اقل
من درهم في على مال لانه لا يعد مالا عرفا ولا في اقل
من النصاب اي نصاب الزكوة في مال عظيم
من ذهب او فضة لان النصاب مال عظيم حتى اعتبر
صاحبه غنيا في الشرع ووجب عليه مواساة الفقرا
وقال الشافعي واحمد يقبل تفسيره بالقليل والكثير
ولا في اقل من خمسة وعشرين في على مال عظيم من
الابل لانها ادنى نصاب يجب فيه من جنسه
ولا في اقل من قدر النصاب قيمة في على مال عظيم
من كذا مشيرا الى مال غير مال الزكوة ولزمه في دراهم
ثلاثة

237

ثلاثة لانه اقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزايد
عليه مشكوك فيه ولزمه دراهم كثيرة عشرة عند
ابي حنيفة وما يتان عندهما لان صاحب النصاب
مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه
ولابي حنيفة ان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ الجمع الا ترى
انه يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما
فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولزمه
في كذا درهما درهم لان هذه كذا مبهم ودرهما تفسير
له ولزمه في كذا كذا احد عشر وفي كذا وكذا احد
وعشرون لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها
على نظيرها من المفسر واقل عدد يذكر اثنان من غير
حرف عطف بينهما احد عشر وبحرف عطف احد
وعشرون ولو ثلث بلا واو فاحد عشر لانه لا نظير له
فلا يزاد على الاول ومع واو فمائة واحد وعشرون
لانه اقل ثلاثة اعداد بين كل اثنين منها حرف عطف
وان ربع زيد الف لانه اقل اربعة اعداد بين كل اثنين
منها حرف عطف وعلي وقبلي اقرار بدين لان كلمة
علي للوجوب وكلمة قبل للضمان يقال قبل فلان
عند فلان اي ضمن وانما يكون المال واجبا ومضمونا
اذا كان دينا في الذمة وصدق من قال علي او قبلي
ان وصل به قوله وهو وديعة لانه يحتمله مجازا
لان الحفظ واجب على المودع فيجوز تفسيره به
متصلا وان فصل لا اي لا يصدق لانه يتقرر حكمه
بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات
في الاستثناء والشرط وعندي او معي ونحوه كفي بيتي

ومن كيسي ولم يقل صندوقي امانة لان ذلك اقرار بكون
الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت
اقلهما وهو الامانة وقوله للمدعي الالف اتزنها انتقدها
ابتداء امر من الاتزان افتعال من الوزن او قضيتكها
ونحوها فانتقدها او اجلني بها او افعو فاقبضها
اقرار لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في
جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعي وهو الالف فيكون
اقرارا بها واما لو لم يكن فيها ضمير لا يكون اقرارا
لانه لا دليل على انصرافها الى المال المذكور فيكون
كلاما مبتدا فلا يلزمه شي وقال الشافعي واحمد
في اتزن وانتقد انه ليس باقرار وبه قال بعض
اصحاب مالك لانه يحتمل الاقرار ويحتمل الاستهزا
والمبالغة في الجحود فلا يكون اقرارا بالشك وقوله
مائة ودرهم او بمائة وثوبان بجنس المائة
وثلاث اثواب يلزمه في الاول مائة كلها دراهم
وفي الثاني مائة كلها ثياب وقوله مائة وثوب او
مائة وثوبان بفسر المائة والقياس ان يرجع
في تفسير المائة اليه في الكل لان المعطوف غير المعطوف
عليه فلا يكون مفسرا له استعماله فاستثقلوا
فبقيت المائة على ابهامها كما في عطف الثوب
عليها ووجه الاستحسان ان الدرهم يكثر استعماله
فاستثقلوا تكراره واكتفوا بذكره مرة وكذا كل ما
يكثر استعماله ويثبت في الذمة من المكيل والموزون
وانما لزم مائة ثوب في مائة وثلاثة اثواب لان
الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف الى الجمع

ولزم

238

ولزم تفسير المائة في مائة وثوب او ثوبان لان
الثوب لا يكال ولا يوزن ولا يكثر استعماله فبقي على
الاصل ولو اقر بسهم من دار فهو سدس عند ابي
حنيفة واصل المسالة في الوصايا اذا اوصى له بسهم
من ماله فينصرف عنده الى السدس اخذا بقول
ابن مسعود واحتج بترك اياس بن معوية وجماعة
من اهل اللغة ان السهم هو السدس واما بيان
لان السهم يتناول القليل والكثير فان سهما من
سهمين يكون النصف ومن العشرة يكون عشرا
فهو الجزء والنصيب سوا ولو اقر بشرك في عبد
يجب ابو يوسف الشطر لان الشرك المنكر عبارة
عن النصيب قال تعالى ام لهم شرك في السموات وقال
وما لهم فيهما من شرك اي من نصيب ولان لفظ
الشركة يقتضي المساواة قال تعالى فان كانوا
اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث واوجب محمد البيان ولو اقر
بخمسة في خمسة وعنى المعية لزمه عشرة لانه بين انه
استعمل في بمعنى واو العطف وفيه تشديد عليه فيصح
بيانه وان عنى الحساب اوجبنا خمسة لا خمسة وعشرون
تقار للخمسة كما قال زفر وهو قول الحسن ان العادة
حاكمة بان بهذه العبارة يراد بها خمسة وعشرون
فصار للخمسة والعشرين عبارتان احدهما وضعية
والاخرى عرفية فيلزمه باحدهما ما يلزمه بالاخرى
لكنا نقول ان حساب الضرب في الممسوحات لا في
الموزونات مع ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة
المال وخمسة دراهم وزنا وان كثرت اجزاوها لا يصير

أكثر من خمسة وفي المبسوط يلزمه على قول زفر عشرة لأن
في بمعنى مع قال تعالى فادخلي في عبادي فيحمل على هذا
تصحيحا لكلامه قلنا في للظرف حقيقة والدراهم
لا يكون ظرفا للدراهم وجعله بمعنى مع مجاز والمجاز
قد يكون بمعنى مع وقد يكون بمعنى على قال تعالى ولأ
ولأصلبنكم في جذوع النخل وليس أحدهما أولى
من الآخر فيلغى المعتبر حقيقة كلامه فيلزمه عشرة
بأول كلامه ويلغو آخره ولو أقر بدين لزمه وإن قال
كنت كاذبا في الإقرار لأنه رجوع فلا يصح لتعلق حق
المقر له به وعند أبي يوسف تحليف المقر له على أن
المقر لم يكن كاذبا فيما أقر لك به ولست بمبطل ما
تدعيه وبه يفتى بجريان العادة بين الناس أنهم يكتبون
صك الإقرار ثم يأخذون المال والإقرار بدابة في
اصطبل وهو بيت الدواب يلزمها أي الدابة فقط
أي ولا يلزم الاصطبل وهذا عند أبي حنيفة وأبي
يوسف لأن غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى
قياس قول محمد أنه يضمن يلزم الدابة والاصطبل
وسيف أي والإقرار بسيف يلزم جفنه أي غمد
السيف وحمائله وهي جمع حمالة بكسر الحاء وهي العلاقة
وإنما يلزم ذلك لأن السيف اسم يطلق على مجموع
النصل والجفن والحمالة وصح إقراره أي الرجل بالحمل
بأن أقر بحمل جارية أو شاة لرجل لأن هذا الإقرار
له وجه صحيح وهو أن يكون أوصى به رجل ومات
وأقر وارثه بأن هذا الحمل لفلان فيحمل عليه وإن
يبين السبب وهذا بالاتفاق وقال الشافعي في قول

نقله

نقله المؤلف عنه إن أطلق لا يصح وفي قول يصح وهو الأصح
وبه قال أحمد وقال مالك يصح إن تيقن بوجود الحمل عند
الإقرار وله أي وإقراره للحمل إن بين المقر سببا صالحا
بأن قال أوصى له به فلان أو مات أبوه وتركه ميراثا وهو
تقييد لك إقراره وإنما قيد به لأنه إن بين فيه سببا غير
صالح بأن قال باعني أو أقرضني لا يصح الإقرار وإن لم
يبين سببا لم يصح عند أبي يوسف وقيل أبو حنيفة
معه وبه قال الشافعي في قول وعند محمد وبه قال
مالك وأحمد والشافعي في الأصح لأن هذا إقرار صدر
من أهله فيجب إعماله ويحمل على السبب الصالح تصحيحا
لكلام العاقل ولأبي حنيفة أن الإقرار المطلق ينصرف
إلى الكامل وهو الإقرار بسبب التجارة وهو البيع ونحوه
فصار كأنه فسر به فإن ولدت أم الحمل المقر له لأقل من
نصف حول من وقت الإقرار فله أي فالحمل ما أقر له به
لأنه كان موجودا وقت الإقرار بيقين وإن أقر بشرط
الخيار بأن أقر لرجل بألف قرض أو غصب أو وديعة
أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام
صح الإقرار لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي
ونحوه وبطل شرطه لأن الإقرار إخبار ولا مدخل للخيار
في الإخبار لأن الخبر إن صادقا فهو واجب العمل به اختاره
أو لم يختره وإن كان كاذبا فهو واجب الرد فلا يتغير
باختياره وبعدم اختياره وإنما تأثيره في العقود
ليتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه
وإمضائه كذا في العناية وهذا إذا كان المقر به لا يقبل
الخيار كما في الصور المذكورة وأما إذا كان يقبل كما إذا أقر

انه باع او اشترى شيا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل
فانه يصح الاقرار والخيار جميعا **واستثناء كيلي او وزني**
من دراهم بان قال له علي الف درهم الا قفيزا او الا دينار
صح بقيمة اي بطريق القيمة فيلزمه الف درهم الا قيمة
القفيز او الدينار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر واحمد لا يصح لان الاستثناء اخراج ما لولا
الاستثناء لكان داخلا وهذا لا يتصور في خلاف الجنس
ولابي حنيفة ان الكيلي والوزني جنس دراهم في المعنى
جنسا لهما من حيث انهما يثبتان في الذمة حالا او موجلا
ويجوز استقراضهما واذا كانت في المعنى جنسا جاز
استثناؤهما منها فقيد بالكيلي والوزني لانه لا يصح في
غيرهما باتفاق الاصحاب وهو قول احمد وقال الشافعي
يصح وبه قال مالك فعنده لو قال علي مائة درهم
الا ثوبا لا يصح الاستثناء في قول وبه قال مالك وفي
قول يلغو تفسيره ويجب ان يبين ثوبا لا يستغرق
قيمته المائة **لا** اي لا يصح **استثناء التابع** من المتبوع
كالبناء من الدار بان اقر بدار واستثنى بناءها
والفص من الخاتم بان اقر بخاتم واستثنى فصه **والنخل**
من البستان بان اقر ببستان واستثنى نخلة وقال
مالك والشافعي واحمد يصح لانه اخرج ما تناوله اللفظ
فصح فصار كما لو قال الا ثلثها او ربعها او بيتا منها
ولنا ان الاستثناء اخراج ما يتناوله صدر الكلام نصا
وصدر الكلام انما يتناول هذه الاشياء تبعا لا
البيت فان الدار يتناوله نصا اذ الدار تشمل البيت
ولهذا لو استحق البيت في بيع الدار سقطت حصة

من

من الثمن ويبطل اقرار وصل به ان شاء الله فلو قال
لزيد علي الف درهم ان شاء الله لم يلزمه شيء لان التعليق
بمشية الله ابطال عند محمد فيبطل قبل انعقاده
للحكم وعند ابي يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه
فكان اعداما من الاصل **ودين صحته** مقدم على اصحاب
مطلقا اي سواء علم بسببه او بمعاينة الشهود
سببه او بالاقرار **ودين مرضه** مرض الموت **بسبب**
فيه اي في المرض كالنفقة وثمن الادوية وعلم السبب
بلا اقرار كالاستقراض في مرضه بمعاينة الشهود
او الشراء او الاستيجار او التزوج **سواء** اي مستويان
في الرتبة فلا يتقدم احدهما على الاخر في الاستيفاء من
التركة وهو خبر المبتدا وما عطف عليه **وقدما على**
ما اقر به في مرضه ولم يعلم الا بالاقرار وبه قال النخعي
والثوري **وقدم الكل على الارث وان شمل الكل**
ماله وقال الشافعي دين الصحة المرض الذي لا يعلم
الا بالاقرار سواء وبه قال مالك والخرقي والتميمي
من اصحاب احمد لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر
عن عقل ودين ومحل الوجوب وهو الذمة القابلة
للحقوق ولنا ان الاقرار لا يعتبر اذا كان فيه تهمة
ابطال حق الغير وفي اقرار المريض تهمة لتبين حق
الغرماء كالبيع والنكاح والاتلاف تهمة تعلق
دين الصحة بماله بخلاف المعروف السبب بمعاينة
الشهود فانه لا تهمة فيه **ولا يصح للمريض ان يخص**
غريما من غرماء الصحة او المرض **بقضاء دينه**
لان ذلك فيه ابطال حق الباقين الا ان يكون ذلك

الدين ثمنا لشي اشتراه بمثل قيمته او يكون قرضا قبضه
في مرضه بالبينة لان تعلق الغير بالبدل لا ابطال للحق
لانه حصل مثل ما نفذ وحق الغرما متعلق بمعنى التركة
لا بالصورة فاذا حصل له مثله معنى لم يعد ذلك تفويتا
وعند مالك والشافعي في قول ويصح في الاصح من
مذهبه لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق
فيه فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة
مستهلكة للوارث وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل
اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر لبنته ولنا ما اخرجه
الدارقطني في سننه عن جعفر بن محمد عن ابيه عن
جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية
لوارث ولا اقرار له بدين وما روي انه عليه السلام
قال في خطبته عام حجة الوداع ان الله اعطى كل ذي
حق حقه فلا وصية لوارث ولا اقرار بالدين لكن قال
شمس الائمة في المبسوط ان هذه زيادة شاذة غير
مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر اذا اقر الرجل
بدين في مرضه لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط
ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه
الوارث وبه اخذ علماونا فان قول الواحد من فقهاء
الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان في اقراره
ايثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق حق جميعهم
به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية
فيه بالوارث لان اقراره للاجنبي يصح وان شمل
المال الا ان يصدقه البقية اي بقية الورثة لان
عدم الصحة كان لحقهم فاذا صدقوا فقد اقروا بتقدمه

[illegible]

عليهم

عليهم فيبطل الاقرار ان ادعى بنوتها اي بنوة الاجنبي
بعده اي بعد الاقرار له ويثبت النسب وبه قال احمد
والشافعي في قول الا ان نكح اي لا يبطل الاقرار لاجنبية
ان نكحها بعد اقراره لها وبه قال احمد في الاصح والشافعي
في القديم ومالك وقال الشافعي في الجديد واحمد في رواية
يبطل لان اعتبار كون الوارث وارثا حال الموت لا حال
الاقرار كالوصية ولنا وهو الفرق ان البنوة تستند الى
وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح والزوجية
تقتصر على زمان التزوج فكان اقراره لاجنبية ويوخر
الارث عن الدين المقر به في المرض لقوله تعالى من
بعد وصية يوصى بها او دين ولان قضاء الدين من الحوائج
الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة للعلية وحق
الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا
يقدم تجهيزه وتكفينه وتدفينه ولو اقر المريض
او غيره ببنوة غلام جهل نسبه ويولد مثله
اي مثل الغلام لمثله اي لمثل المقر وصدقه الغلام
ثبت نسبه وقال مالك ان استفاض الناس انه
ليس ولده لا يثبت كما اذا كان الغلام سنديا والرجل
فارسيا ولنا ان النسب يحتال لاثباته فيثبت اذا امكن
وفي هذه الصورة ممكن فقيد بمجهول النسب لان معروفه
يمتنع ثبوته من غيره وبكونه يولد مثله لمثله لئلا يكون
مكذبا في الظاهر وبتصديق الغلام لان المسالة في غلام
يعبر عن نفسه فيكون بيد نفسه فلا يقبل اقرار
غيره عليه واما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا
يعتبر تصديقه كذا في الكافي والهداية وغيرهما واذا ثبت

نسبه شارك الورثة في الميراث لان ذلك من ضرورات
ثبوت النسب وشرط تصديق الزوج مراته او معتدته
وشهادة قابلة في اقرارها اي المراة بالولد لان اقرار المراة
لا تقبل علي الزوج فلا بد من تصديقه وقول القابلة
حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش ولو اقر
بنسب من غير ولاد اي ابوة او بنوة كان اقر باخ او عم
لا يصح الا بالبينة لان فيه حمل النسب علي الغير ويرث
الا مع وارث معروف قريب او بعيد فانه اولي بالميراث
من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لم يزاحم الوارث
المعروف النسب وان لم يكن له وارث استحق المقر
له ميراثه لان للمقر ولاية التصرف في ماله بنفسه
عند عدم الوارث الا تري ان له ان يوصي بجميع ماله
فكذا له ان يجعله لهذا المقر له ومن اقر باخ وابوه
ميت شاركه في الارث بلا نسب اي ولا يثبت الاخ
بالنسبة والاشتراك في المال وله ولاية عليه فيثبت
ولو اقر احد ابني ميت له علي شخص اخر دين
هذه الجملة صفة ميت بقبض ابيه نصفه اي نصف
الدين فلا شيء له اي للابن المقر والنصف للاخر
وهو الابن المنكر لان الاقرار باستيفاء الميت الدين
اقرار بالدين علي الميت لان المقبوض غير الدين فيكون
مضمونا علي القابض دينا في ذمته فيتقاصان فاذا كذبه
اخوه لا يصدق عليه وينفذ في حقه خاصة فوجب
علي الميت النصف علي زعمه والدين مقدم علي الميراث
وقد استغرق نصيبه فلا ياخذ منه شيئا وصار
كما لو اقر علي الميت بدين اخر وكذبه اخوه وصح اقراره
بالدين لاجنبي وان استغرق ماله لما روي محمد

الاصل

242

الاصل عن ابن عمر انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين
لرجل غير وارث فانه جايز وان احاط ذلك بماله ولا يعرف
له مخالف وعلماونا والشافعي حملوا الطلق وهو وجع
الولادة كمرض الموت في حق الاحكام لان الموت يندر
في غير حالة الطلق ويوجد فيها كثيرا والحكم يبنى
علي ما كثر لا علي ما ندر الا ما بعد ستة اشهر من
حين الحمل كما قال مالك واحتج بان ولادتها متوقعة
ساعة فساعة وهي تدعو بها فتوطن نفسها
علي الهلاك وتبادر الي ما يبادر اليه المرضي واذا اضيف
الموت علي المسلول وهو المريض مرض السل اي
الدق ونحوه من الامراض التي تطول ويعتاد الانسان
بها كانت هبته ونحوها من ثلث ماله لكونه مريضا

كتاب الدعوى هي لغة بمعنى الدعا قال
تعالى دعواهم فيها سبحانك اللهم واخر دعواهم ان الحمد
لله رب العالمين وشرعا اضافة الشيء الى نفسه حال
المنازعة علي ما قال شيخ الاسلام والمحبوبي ويقال
ادعا زيد علي عمرو فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال
المدعى والمدعى به خطا والمصدر الادعاء افتعال من
دعا والدعوى علي فعلى اسم منه والفقها لا يثبت
ولا ينون يقال دعوى باطلة او صحيحة وجمعها
دعاوي بفتح الواو ولا غير كفتوى وفتاوي كذا في
الكافي وشرط صحتها مجلس القضا فلا يصح في غيره
حتى لا يستحق علي المدعى عليه جوابه وحكمها وجوب
رد الجواب علي المدعى عليه وقال المصنف اخبار من الشخص
بحق له علي غيره فاحترز بقوله له عن الشهادة

وتحيتهم فيها سلام

فانها اخبار بحق الاخر على غيره وبقوله على غيره عن الاقرار
فانه اقرار بحق الاخر على نفسه ولما كان معرفة الفرق
بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما يحتاج الى معرفته في هذا
الكتاب عرفهما بقوله والمدعي من لا يجبر على الخصومة
اذا تركها والمدعى عليه من يجبر عليها اذا تركها وقيل
المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعي عليه من يستحق
بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يتمسك
بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وهي اي
الدعوى انما يصح بذكر شي علم جنسه اي جنس المدعى
بان يقال حنطة مثلا وقدره بان يقال كذا كيلا لان
فائدة الدعوى الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق
الاشهاد ولا الالزام في المجهول وفي شرح الوقاية
هذا في دعوى الدين لان العين ان كانت حاضرة يكفي
الاشارة بان هذا ملك لي وان كانت غائبة يجب ان
يصفها ويذكر قيمتها انتهى وقيل لا يشترط ذكر القيمة
واليه مال القاضي فخر الدين وصاحب الذخيرة وكذا
ذكر في عامة الكتب انه يسمع دعواه بدون القيمة
لان الانسان ربما يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيانها لتضرر
به وانه في يد المدعى عليه هذا عطف على ذكر الشي وانما
شرط ذلك في الدعوى لان المدعى عليه لا يكون خصما
الا اذا كان العين في يده وفي المنقول يزيد بغير حق
اذ الشي قد يكون في يد غير المالك بحق كالراهن في يد
المرتهن والمبيع في يد البايع لاجل الثمن وفي شرح الوقاية
وهذه العلة تشمل العقار ايضا فلا ادري ما وجه
تخصيص المنقول بهذا الحكم ووجهه بعض بوجوه

ورده‍ا

وردها غيرهم وفي العقار لا يثبت اليد الا بحجة او علم
القاضي ولا يثبت بتصادقهما انه في يد المدعى عليه بخلاف
المنقول فانه يثبت بذلك والفرق بينهما ان اليد في
العقار غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما واتفقا على
ذلك ليكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فيشترط
الحجة او علم القاضي لتنتفي التهمة واليد في المنقول معاينة
فلا حاجة الى اشتراط ذلك وفيه ان العلة مشتركة والمعاينة ممنوعة فلا يظهر وجه الفرق هنالك والمطالبة به عطف
على انه في يد المدعى عليه او على ما عطف عليه او على ما
عطف وانما كان ذكر المطالبة لا بد منه في صحة الدعوى
لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه واحضاره عطف على
ذكر شي وانما تصح باحضار المدعي ان امكن ليشير اليه
المدعي والشاهد والحالف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط
وذلك بالاشارة فيما يمكن احضاره وذكر قيمته ان تعذر
احضاره بان كان هالكا او غائبا ليصير المدعي معلوما
لان الشي يعلم بقيمته لانه مثله معنى وذكر الحدود
الاربعة وبه قال زفر ومالك والشافعي لان التعريف
لا يتم الا بها او الثلاثة عندنا لان للاكثر حكم الكل في
العقار فانه يعرف بحدوده وقد تعذر تعريفه بالاشارة
لتعذر نقله الى مجلس الحكم وذكر اسما اصحابها ليتميزوا
عن غيرهم الى الجد لان تمام التعريف به وهذا ان لم يكن
مشهورا واما ان كان مشهورا فلا يلزم ذكر الجد لحصول
المقصود واذا صحت الدعوى سأل القاضي الخصم
وهو المدعى عليه عنها اي عن الدعوى التي ادعاها
لينكشف له وجه الحكم فيها لان القضا بالبينة يخالف

القضا بالاقرار فان اقر الخصم او انكر وسال القاضي المدعي
البينة بان قال له الك بينة فاقام البينة قضي القاضي
عليه لوجود الحجة الملزمة للقضا في الوجهين
روي اصحاب الكتب الستة عن الاشعث بن قيس قال
كان بيني وبين رجل من اليهود ارض فجحدني فقدمت
الي النبي صلي الله عليه وسلم فقال لي النبي عليه السلام
الك بينة قلت لا فقال لليهودي احلف قلت يا رسول
الله اذا يحلف ويذهب بمالي فانزل الله ان الذين
يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا الاية وان لم
يقم البينة حلفه القاضي ان طلبه اي الحلف خصمه
لان اليمين حقه فلابد من طلبه فان نكل مرة بان
قال لا احلف او سكت بلا افة من طرش او خرس وقضي
القاضي بالنكول صح لان النكول دل علي كونه مقرا اذ
لو كان ذلك لانعم علي اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر
عن نفسه لان اليمين واجبة عليه لقوله عليه السلام
اليمين علي المدعي عليه وندب عرض اليمين علي المدعي
عليه ثلاثا يقول في كل مرة اني اعرض عليك اليمين
فان حلفت والا قضيت عليك ثم القضا بعد ذلك
احوط لما فيه من المبالغة في الانذار وهو نظير امهال
المرتد ثلاثة ايام في انه مستحب فعرض اليمين ه
مبتدا والقضا بعده عطف عليه واحوط خبر المبتدا
وبعد التحليف الجمهور وقيل عند ابي حنيفة حتي يعترا
ندب وعنهما انه حتم ثم القايل بعد الدعوي عليه
لا اقر ولا انكر يحبس عند ابي حنيفة حتي يقر
او ينكر اذ لا تحليف مع قوله لا انكر لقوله عليه السلام

واليمين

واليمين علي المنكر وما الا يحلف كما لك والشافعي لان قوليه
لما تعارضا وتساقطا صار كالساكت وفي المجتبي يشترط
ان يكون القضاء علي فور النكول عند بعض
المشايخ وقال الخصاف لا يشترط حتي لو استمهله بعد
العرض يوما او يومين او ثلاثا ثلاثة ايام ثم وهو قول
مالك والشافعي واحمد وفي العمول لو كان
الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي علي دعواه
لان المعتبر يمين قاطعة للخصومة وهي اليمين عند القاضي
والمنوب علي سماع البينة بعد يمين الخصم وانما يا خذ
في ذلك بفعل عمر رضي الله عنه فانه جوز قبول بينة
المدعي بعد حلف المدعي عليه ويقول شريح اليمين
الفاجرة احق بالرد من البينة العادلة ولا ترد اليمين
علي مدع وان نكل خصمه وقال مالك والشافعي لا يقضي
بالنكول بل يرد اليمين علي المدعي لان النكول يحتمل
التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة
كما فعله عثمان ويحتمل ان يكون للاشتباه الحال
ومع هذا الاحتمال لا يكون حجة ويمين المدعي دليل
الظهور كما كانت يمين المدعي عليه فيصار اليها ولنا
ما في الصحيحين عن ابن عباس قال قال رسول
الله صلي الله عليه وسلم لو يعطي الناس بدعواهم
لادعي رجال اموال قوم ودماءهم لكن البينة علي
المدعي واليمين علي المدعي عليه وفي رواية واليمين
علي من انكر وفي رواية البيهقي عن ابن عمرو بلفظ
المدعي عليه اولي باليمين الا ان يقوم عليه البينة
ووجه الدلالة انه صلي الله عليه وسلم قسم والقسمة

تنافي الشركة فدل على ان جنس الايمان في جانب المدعى
عليه ولا يمين في جانب المدعي لان الالف واللام لاستغراق
الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف
هذا الحديث الذي تلقته بالقبول حتى صار في حيز
التواتر وقد ادعى بعض اهل الاصول انه يخالف لقوله
تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الاية فيكون مردودا
وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن سالم ان ابن عمر باع
غلاما له بثلاثمائة درهم فوجد به المشتري عيبا فخاصمه
الى عثمان فقال له عثمان فقال له عثمان يحلف انك
بعته بالبراءة فابى ان يحلف فالزمها وروى عن ابن
ابي مليكة عن ابن عباس انه امر ان يستحلف امراة
فابت ان تحلف فالزمها وروى ايضا عن الحارث قال نكل
رجل عند شريح عن اليمين فقضى شريح عليه
فقال الرجل انا احلف فقال شريح قد مضى قضائي
وبنى على هذا امتناع القضاء بشاهد ويمين وقال
مالك واحمد يقضى بهما لما روى مسلم عن ابن عباس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بشاهد
ويمين واجيب بانه منقطع قال الترمذي في علله
الكبير سالت محمدا عن هذا الحديث فقال ان عمرو
بن دينار لم يسمعه من ابن عباس ولو سلم فمثل هذا
العبارة لا يفيد العموم لان الحجة في المحكي لا في الحكاية
اذ المحكي قد يكون خاصا **ولا يحلف** عند ابي حنيفة
في نكاح بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها وانكرت
او بالعكس **ولا في رجعة** بان ادعى بعد الطلاق
وانقضاء العدة انه راجعها وانكرت او بالعكس

ولا في

ولا في فيء بفتح الفاء وسكون ياء فهمزة اي رجوع
ايلاء بان ادعى رجل على امراة بعد مدة الايلاء انه
فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس **ولا في استيلاد**
بان ادعت امة على مولاها انها ام ولد له وهذا ابنه
منها وانكر المولى ولا يتاتى في العكس لان المولى اذا
ادعى انها ام ولده يثبت الاستيلاد باقراره ولا
يلتفت الى انكارها **ولا في رق** بان ادعى رجل على
مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك **ولا في**
نسب كان ادعى رجل على امراة انه ولده **ولا في ولاء**
بان ادعى رجل اخر انه له عليه ولاء اعتاق او موالاة
او العكس **ولا في حد** بان ادعى على اخر ما يوجب
الحد وانكر **ولا في لعان** بان ادعت امراة على زوجها
انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر وقال ابو يوسف
ومحمد يحلف في ذلك الا في الحد واللعان وقال الشافعي
يحلف في حد القذف والقصاص ولا يحلف في باقي
الحدود وقال مالك واحمد لا يجري التحالف فيما لا
يثبت الا بشاهدين وفي جامع قاضي خان والواقعات
والفصول الفتوى على قولهما وهو اختيار فخر
الاسلام قيل وهو اختيار المتاخرين **الا اذا ادعى**
في النكاح والنسب مالا كمهر ونفقة وارث فانه
يحلف اتفاقا **ويحلف السارق ويضمن ان نكل ولم**
يقطع لان موجب فعله شيئان احدهما الضمان وهو
يجب مع الشبهة فيجب بالنكول وثانيهما القطع وهو
لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول **ويحلف الزوج**
اذا ادعت المراة طلاقا لان مقصودها المال هـ

والاستحلاف يجري في المال بالاتفاق فيثبت ان نكل بنصف
المهر اذا ادعت الطلاق قبل الدخول او كله اذا ادعت
الطلاق بعد الدخول وكذا يحلف منكر القود فان نكل في
النفس حبس حتى يقر او يحلف ولا يقتص منه وبه
قال احمد وقال مالك والشافعي واحمد في رواية يقتص
منه بعد حلف المدعي وفيما دونها اي دون النفس
يقتص وبه قال مالك والشافعي بعد حلف المدعي واحمد
في رواية وقال ابو يوسف ومحمد يجب عليه الارش في
النفس وفيما دونها وان قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب
حلف الخصم لا يحلف عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية وقال ابو يوسف في امالي
وهذا الخلاف اذا كانت البينة حاضرة في المصر غائبة
عن مجلس الحكم حتى لو كانت غائبة عن المصر يحلف
بالاتفاق او كانت في مجلس الحكم لا يحلف اتفاقا ويكفل
اي يقيم كفيلا بنفسه ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه
فيضيع حق المدعي والقياس ان لا يكفل قبل اقامة
البينة لعدم تعلق حق المدعي حينئذ وهو مذهب
الشافعي والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة
وهو الصحيح وعن ابي يوسف التقدير بما بين مجلسي
القاضي اما لو قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يجبر
الخصم على اقامة الكفيل لان الغائب كالهالك والاستحلاف
في الحال ممكن ولو قال لا بينة لي عليه ولا شهادة ثم اقام
المدعي بينة او شهد الشاهد قبلت في الاصح لامكان
التوفيق بان كان شهود لا يعلم بهم او تذكرهم بعد ما نسيهم
او يذكر الشاهد وقيل لا يقبل الظاهر التناقض ولو باع

عقارا

عقارا وقريبه حاضر يعلم البيع ثم ادعاه لا يسمع دعواه
لانه بسكوته اولا صار مصدقا على صحة البيع وبدعواه
ثانيا يصير متناقضا فاذا ابى الخصم ان يقيم كفيلا بنفسه
لازمه المدعي اي دار معه حيث سار كيلا يغيب فيذهب
حقه ولازم الغريب قدر مجلس الحكم اي الى ان يقوم
القاضي من مجلسه ولا يكفل الغريب الا الى اخر المجلس
لان اخذ الكفيل منه وفي الملازمة له اكثر من مجلس
القاضي اضرار به بالمنع عن سفره والحلف بالله تعالى لا
بالطلاق والعتاق لما في الصحيحين من حديث
ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان حالفا
فليحلف بالله او ليصمت وفي رواية ابي داود وغيره انه
عليه السلام قال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن
كان حالفا فليحلف بالله او ليسكت فان الح الخصم اي الد
وبالغ قيل صح التحليف بهما في زماننا لقلة مبالاة الناس
باليمين بالله تعالى وكثرت الامتناع عن الحلف بالطلاق والعتاق
لكن ان نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو نهي
عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب
المدعي عليه تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان الشاهد
كاذب لا يجيبه القاضي لانا مامورون باكرام الشهود
والمدعي لا يجب عليه اليمين لاسيما اذا اقام بينة ويغلظ
اليمين بصفاته تعالى مثل والله الذي لا اله الا هو
عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر
ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا
المال الذي ادعاه وهو كذا ولا شيء منه ويزيد على هذا
التغليظ ان شاء وله ان ينقص منه ويحترز عن عطف

بعض الاسماء على بعض لئلا يتكرر عليه بهذا النكول لان
المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل لا بالزمان اي لا
يغلظ اليمين بالزمان كبعد العصر ويوم الجمعة
والمكان كمنبر النبي صلى الله عليه وسلم والحجر الاسود وبه
قال احمد وقال الشافعي في قول يستحب التغليظ بالزمان
وبالمكان وبه قال مالك فيما ليس بمال ولا القصد منه
المال لقوله عليه السلام لا يحلف احد عند منبري هذا على
يمين اثمة ولو على سواك اخضر الا تبوا مقعده من
النار او وجبت له النار رواه مالك وابو داود ولنا قوله
عليه السلام اليمين على من انكر فالتخصيص بالمكان والزمان
لزوما زيادة عليه وحلف اليهودي بالله الذي انزل
التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل
على عيسى لما روى ابو داود عن ابي هريرة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لليهود انشدكم بالله الذي انزل
التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى ولان
اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصارى نبوة عيسى ع
فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه وحلف
المجوسي بالله الذي خلق النار لانه يعظمها فيتحرج بذكرها
ذكره محمد في الاصل كما في الهداية وذكر الخصاف انه لا يحلف
المجوسي الا بالله وهو اختيار بعض المشايخ لان في ذكر النار
مع اسم الله تعالى تعظيما لشانها وما ينبغي ان يعظم كذلك
الكتابيين فان كتب الله معظمة وحلف الوثني بالله لان
الكفرة باسرهم يقرون به تعالى قال عز وجل ولئن سألتهم
من خلقهم ليقولن الله ولا يحلف احد منهم في معابدهم
لان فيه تعظيمها ولان القاضي لا يحضرها لانه ممنوع عن

دخولها

دخولها ويحلف على الحاصل عند ابي حنيفة ومحمد في البيع
والنكاح والطلاق والغصب نحو بالله ما بينكما بيع قائم او نكاح
قائم في الحال او ما هي بائن منك الان او ما يجب عليك رده
الان لا على السبب اي لا يحلف على السبب كما قال ابو يوسف
بان يقول في البيع بالله ما بعته ونحوه بان يقول في النكاح
بالله ما نكحت وفي الطلاق بالله ما طلقت وفي الغصب
بالله ما غصبت الا ان يتضرر المدعي فيحلف على السبب
باتفاق كدعوى شفعة بالجوار فانه اي المدعى عليه ربما
حلف على مذهب الشافعي انه لا يجب الشفعة بالجوار
فيصدق في يمينه فيكون في تحليفه على الحاصل ترك
النظر في جانب المدعي وكذا يحلف على السبب باتفاق
في سبب لا يتكرر كعبد مسلم يدعي عتقه على مولاه وفي
الامة الكافرة والعبد الكافر اذا ادعى احدهما
العتق على مولاه وانكر يحلف على الحاصل لان الرق
يتكرر في الامة بالسبي بعد الردة واللحاق بدار الحرب
وفي العبد الكافر بالسبي بعد نقض العهد واللحاق
بدار الحرب ولا يتكرر في العبد المسلم اذ لا يقبل منه في
الارتداد بعد السبي الا الاسلام او القتل ويحلف على
العلم من ورث شيئا فادعاه اخر ولا يحلف على البتات
لان الوارث لا يعلم ما فعل المورث ويحلف على البتات
ان وهب له شيء او اشتراه فادعاه اخر لان الشراء
وقبول الهبة سبب لثبوت الملك باختيار ولو لم
يعلم ان العين ملك البائع والواهب لما باشر الشراء باختياره
ولا قبل الهبة بخلاف الملك في الارث فانه يثبت للوارث
جبرا ولا علم له بحال ملك الوارث والاصل في ذلك

ان اليمين ان كانت على فعل الغير فهي على العلم وان كانت
على فعل النفس فهي على البتات **ويجوز فداء الحلف والصلح
منه** وليس له ان يستحلفه بعد ذلك لانه اسقط حقه من
اليمين بأخذ بدلها حقه الفداء او الصلح لانه لو اشترى يمينه
منه لا يصح وله ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك
المال واليمين ليست بمال وقد روي عن عثمان انه ادعى
عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف
وعن حذيفة انه افتدى يمينه بمال ولانه لو حلف يقع في
القيل والقال فان الناس بين مصدق ومكذب فاذا افتدى
يمينه فقد صان عرضه وهو حسن وروي عن عبد الرزاق
في مصنفه عن معمر قال سئل الزهري عن الرجل يقع عليه
اليمين فيريد ان يفتدي منه بيمينه فقال كانوا يفعلون
ذلك وقد افتدى عبيد السهام وكان من الصحابة بيمينه
بعشرة الاف وكان ذلك في امارة مروان والصحابة بالمدينة
كثيرون ومن ظفر بجنس حقه اخذه بلا استيذان
ولا حكم قاض لان الديون تقضى بامثالها فكانه عين حقه
ولو ظفر بخلاف جنسه ولا يأخذه عندنا الا باذن او حكم
قاض لاختلافهما حقيقة واجازه مالك والشافعي
لاتحادهما في جنس المالية **فصل** اعني التحالف
كما في نسخة **ولو اختلفا في قدر الثمن** بان ادعى البايع اكثر
مما اعترف به المشتري **او اختلفا في قدر المبيع** بان اعترف
البايع بقدر منه وادعى المشتري اكثر من ذلك القدر
حكم لمن برهن لانه نور دعواه بالبينة **وان برهنا** اي اقام
كل واحد منهما بينة على ما ادعاه **فلمثبت الزيادة** لان
البينة للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في

الزيادة ولان البينة على الاقل وان نفت الزيادة لكن الشهادة
على النفي غير مسموعة وزيادة الثقة مقبولة كما انها
حجة في الرواية **وان اختلفا فيهما** اي في قدر الثمن وقدر
المبيع **فحجة البايع في الثمن** اولى **وحجة المشتري في المبيع
اولى** نظرا الى زيادة الاثبات اما لو كان الاختلاف في
جنس الثمن بان قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك
وقال المشتري انما اشتريتها منك بمائة دينار واقاما
البينة لزم المشتري المبيع بالعبد فيقبل بينة البايع
دون المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت
باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البايع وبينته تثبت الحق
لنفسه في العبد وبينة المشتري تنفي ذلك والبينة
للاثبات دون النفي **وان عجزا** اي الخصمان عن
اقامة البينة قيل للمشتري فيما اذا كان الاختلاف في قدر
الثمن اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا
البيع وقيل للبايع فيما اذا كان الاختلاف في قدر المبيع اما ان
تسلم ما ادعاه المشتري من القدر والا فسخنا البيع وانما
يقال لهما ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق
فيه اذ ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتفقان **فان
رضي كل بزيادة يدعيها الاخر** فذلك هو المطلوب **والا** اي
وان لم يرض كل بزيادة يدعيها الاخر **تحالفا** اي حلف كل
واحد منهما على دعوى الاخر بان يحلف البايع بالله
ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما
اشتراه بما ادعاه البايع والمعنى فيه ان اليمين يجب
على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي اشعارا
بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البايع والمشتري

جميعًا لان كل منهما منكر لان الخلاف ان كان في قدر الثمن
وقدر المبيع فيكون كل منهما منكرا ظاهرا وان كان في احدهما
فواحد منهما يدعي زيادة البدل والاخر ينكره والمنكر
منهما يدعي وجوب التسليم البدل لتعلق صاحبه عند
تسليمه المبدل والاخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين
وحلف المشتري اولا وهو قول محمد وابي يوسف اخرا ورواية
عن ابي حنيفة وقول زفر والشافعي في وجه لان المشتري
اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن فيكون ناديا
بالانكار ولان انكار البايع مبني على انكاره وقال ابو يوسف
اولا يبدا بيمين البايع وهو قول مالك واحمد والشافعي
في الاصح لما اخرجه اصحاب السنن الاربعة ان عبد الله
بن مسعود باع الاشعث بن قيس رقيقا الخمس بعشرين
الف درهم فارسل عبد الله اليه في ثمنهم فقال انما
اخذتهم بعشرة الاف فقال عبد الله ان شئت حدثتك
بحديث سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم
سمعته يقول اذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة او يتتاركان واجيب بان المنذر قال قد روي هذا الحديث
من طرق عن مسعود وكلها لا يثبت وقال ابن الجوزي
في التحقيق احاديث هذا الباب مضطربة لا تثبت ودفع
هذا الجواب بان صاحب التنقيح قال والذي
يظهر ان حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له اصل
بل حديث حسن يحتج به لكن في لفظه اختلاف
ويدل على هذا اللفظ لما اخرجه في الموطا قلت وكذا
ذكره محمد في موطائه وفسخ القاضي البيع بينهما بطلب

احدهما

احدهما وقيل بفسخ بنفس التحالف وهو الاصح من مذهب
الشافعي ومن نكل منهما لزمه دعوى الاخر يعني بقضاء
القاضي لانه بنكوله صار مقرا او باذلا فلم يبق دعواه معارضة
لدعوى الاخر فلزمه القول بثبوت دعوى الاخر ولا
تحالف في الاجل ولا في شرط الخيار ولا في قبض
بعض الثمن ولا في قدر الاجل ولا في قدر المشروط ولا في
شرط الرهن ولا في شرط الضمان وحلف المنكر لان ثبوت
هذه الاشياء العارضة والقول لمنكر العارض مع يمينه
وبه قال احمد وقال زفر ومالك والشافعي يتحالفان
ولا تحالف اذا اختلفا في قدر الثمن وهو دين بعد
هلاك المبيع في يد المشتري عند ابي حنيفة وابي
يوسف وحلف المشتري وبه قال مالك في رواية
واحمد في رواية وعند محمد يتحالفان ويفسخ البيع
على قيمة الهلاك وهو قول الشافعي وبه قال مالك
في رواية واحمد في رواية لقوله عليه السلام اذا
اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وهذا النص مطلق
وان يقيد بحال قيام السلعة بقرينة الترادّ او
المراد به تراد العوضين لا تراد العقد لانه لا يتصور
ذلك ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه
وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا
وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط
والمطلق يحمل على المقيد اذا وردا في حادثة واحدة
وحكم واحد وعلى هذا الخلاف اذا اخرج المبيع عن ملك
المشتري ببيع او غيره او صار بحال لا يمكن رده بدون
رضاه هذا اذا كان الثمن دينا بان كان دراهم

او نابتن او مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة فان
كان عينا بان كان البيع مقايضة يتحالفان اتفاقا
لان المبيع قايم لان كل واحد من العوضين مبيع من وجه
وثمن من وجه وذلك كاف لصحة التحالف كما هو
كاف لصحة الاقالة ولا تحالف اذا اختلفا بعد
هلاك بعضه اي بعض المبيع بعد قبض الجميع عند
ابي حنيفة كما لو باع عبدين صفقة واحدة ثم
هلك احدهما عند المشتري بعد قبضهما وقال
ابو يوسف يتحالفان في القايم ويفسخ العقد
فيه والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال
محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد
القايم وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
لا يمنع التحالف عنده فهلاك بعضها اولى ولابي
حنيفة ان التحالف لا يمكن في القايم الا على اعتبار
حصته من الثمن فلا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة
تعرف بالحزر والظن فيودي الى التحالف مع الجهل
وذا لا يجوز الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك
فيتحالفان لان الثمن حينئذ يكون كله بمقابلة
القايم ويخرج الهالك عن العقد ويصير كان
العقد وقع على القايم ولو اختلفا في بدل الاجارة
وهو الاجرة او اختلفا في المنفعة قبل استيفايها
تحالفا وترادا كما في البيع والمنفعة في الاجارة كالمبيع
والبدل فيها كالثمن فان وقع الاختلاف في البدل
بدي بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة
وان وقع في المنفعة بدي بيمين الموجر لانه منكر

ان امتناع التحالف للهلاك بتعذر تقدره ولا يجيع

لوجوب المنفعة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما
اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة الموجر اولى ان
كان الاختلاف في الاجرة وبينة المستاجر اولى ان كان الا
ختلاف في المنافع وان كان الاختلاف فيهما قبلت بينة
كل واحد منهما فيما يدعيه وبعد قبضها اي المنفعة لا اي
لا يتحالفان لان فايدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفا ة
لا يمكن فسخ العقد فيها فكان القول قول المستاجر
مع يمينه لانه هو المستحق عليه وبعد قبض بعضها
تحالفا وفسخت الاجارة فيما بقي والقول للمستاجر
فيما مضى لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة
فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد
عليه بخلاف البيع فانه ينعقد دفعة واحدة فاذا تعذر
في البعض تعذر في الكل وان اختلف الزوجان في
متاع البيت فلها اي للمراة ما صلح لها كالدرع والخمار
والملحفة لان الظاهر شاهد لها الا ان يكون الرجل
ممن يبيع ما يصلح للنساء فلا يكون لها لتعارض الظا هر
وله اي للزوج ما صلح له كالعمامة والقوس والدرع
والمنطقة لان الشاهد يشهد له الا ان كانت المراة
ممن تبيع ما يصلح للرجال او ما صلح لهما كالانية
والفرش والامتعة والرقيق والعقار والمواشي والنقود
لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه وهو
اقوى من اليد ولا فرق بينهما اذا كان الاختلاف في
حال قيام النكاح او بعد الفرقة وان مات احدهما
واختلف ورثته مع الاخر فالكل وهو ما يصلح

للرجال والنساء للحي سواء كان الرجل او المراة لان
اليد له دون الميت وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف للمراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج
مع يمينه ولورثته بعد موته لان الظاهر ان المراة
تاتي بالجهاز وهو اقوى من ظاهر الزوج والباقي
لا معارض لظاهره والطلاق والموت سواء لقيام
الورثة مقام مورثهم وقال محمد للرجل او لورثته
وقسم زفر بين الرجل والمراة فيما صلح لهما وحكم في
الباقي مثل ابي حنيفة وعنه ان المتاع كله بينهما
نصفان وهو قول مالك والشافعي لاستوائهما في
الدعوى في اليد وقال ابن ابي ليلى الكل للرجل ولها
ثياب بدنها وقال الحسن البصري الكل لها وله
ثياب بدنه ولعل وجه نظرهما ان يكون المحل للرجل
او المراة وان كان احدهما عبدا مكاتبا او ماذونا له في
التجارة فالكل للحر في الحياة اي حياتهما لان يد الحر
اقوى فانها يد ملك بخلاف يد العبد وللحي منهما
بعد الموت اي موت احدهما لانه لا يد للميت فخلت
يد الحي عن المعارض وسقط دعوى الملك المطلق اي
انتفت خصومة مدعيه في العين الغائبة ان برهن
ذو اليد ان المدعي بفتح العين وديعة وعارية او رهن
او موجر او مغصوب من زيد وبه قال مالك واحمد
والشافعي في الاظهر وقال ابن شبرمة لا يسقط وبه
قال الشافعي ايضا لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم
الخصم عنه وسقوط الدعوى وهو دافع الخصومة
بناء عليه ولنا انه اثبت ببينة ان العين وصلت اليه
من

من يد الغائب وان يده ليست يد خصومة فصار كما لو
اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به وقيد بان يكون
العين قائمة في يد المدعى عليه لانها لو كانت هالكة لا
يندفع الخصومة بهذه الدعاوي وقيد بالوديعة ونحو
واخواتها لانه لو برهن على انه اشتري من الغائب لم يندفع
الخصومة لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه
خصما وتسمى هذه المسالة مخمسة كتاب الدعوي
لان فيها خمس صور من دعوي الوديعة والعارية
وغيرهما وقيد بدعوي الملك المطلق لانه لو قال
غصبته مني وقال ذو اليد اودعنيه فلان وبرهن
لا يمكنه الخروج عن دعوي بالاحالة على غيره
وحجة الخارج اليد في الملك المطلق احق واولى من
حجة ذي اليد وبه قال احمد وقال مالك والشافعي
حجة ذي اليد احق لاعتضادها باليد ولنا ان البينة
شرعت للاثبات وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه لا
ملك له على المدعي بوجه وذو اليد له ملك عليه
باليد فكان بينته اقل اثباتا من بينة الخارج وقيد
بالمطلق لاستوائهما في المقيد بالسبب وهذا ان
وقتا او لم يوقتا باتفاق وان وقت احدهما فقط فعند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وهو رواية عن
ابي حنيفة حجة ذي اليد الموقتة اولى من حجة
الخارج التي لم يوقت لان لان من وقت اولى ممن لم يوقت
كما في دعوي الشراء اذا ارخت احدي البينتين ولم
تورخ الاخري ولو برهن خارجان على عين في يد
غيرهما كل يزعم انها له ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه

قضى لهما بذلك المدعي نصفين لعدم اولوية احدهما
على الاخر وقال مالك في رواية والشافعي في القديم واحمد
في رواية تساقطت البينتان لانهما تعارضتا ولا ترجيح
لاحدهما فصارتا كالدليلين اذا تعارضا مع عدم مرجح
وعن الشافعي يقرع بينهما لما روى الطبراني في معجمه
الاوسط من حديث سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان
رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء
كل واحد منهما بشهود عدول في عدة واحدة فساهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اللهم اقض
بينهما ورواه عبد الرزاق في مصنفه مرسلا ولنا
ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابي الاحوص
عن سماك بن تميم بن طرفه ان رجلين ادعيا بعيرا
فاقام كل واحد منهما البينة انه له فقضى النبي صلى
الله عليه وسلم به بينهما ومنها ما اخرجه ابو داود في
سننه واحمد في مسنده والحاكم في مستدركه وقال صحيح
على شرط الشيخين وقال المنذري رجال اسناده
كلهم ثقات عن همام عن قتادة عن سعيد بن ابي
بردة عن ابيه عن جده ابي موسى الاشعري ان رجلين
ادعيا بعيرا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فبعث
كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه
وسلم بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء
ثم نسخ بعد ذلك الطحاوي وكذا ولو برهن خارجان في نكاح
بان ادعى كل واحد نكاح امراة واقام عليه بينة سقطا ولم
يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل
لا يقبل الاشتراك وهي اي المراة لمن صدقته لان النكاح

مما يحكم فيه بتصادق الزوجين فيقيد بالخارجين لان اليد
على المراة بالدخول بها او بنقلها دليل على سبق العقد
عليها وهذا اذا لم تورخ البينتان فان ارخا فالسابق تاريخا
احق بالمراة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة
وان اقرت المراة بالزوجية لمن لا حجة له قضي له لتصادقهما
على النكاح وهو يثبت بتصادق الزوجين عليه وان
برهن الاخر اي الذي لم تقر له قضي له لان البينة اقوى
من الاقرار وان برهن احدهما على امراة انها زوجته
وقضي له ثم برهن الاخر لم يقض له لان القضاء الاول قد
صح فلا ينقض بما هو مثله فضلا عما هو دونه لاتصال
البرهان الاول بالقضاء دون الثاني الا اذا اثبت سبقه
اي سبق الاخر بان وقت شهوده سابقا لانه ظهر
الخطاء في الاول بيقين كما لا يقضي بحجة الخارج اليد على
ذي اليد ظهر نكاحه بنقلها الى بيته او بالدخول
بها لان ذلك فيه دلالة على سبق عقده عليها الا اذا
ثبت سبقه اي سبق الخارج لان التصريح فوق الدلالة
فلا يعتبر معه وان برهنا على شراء شيء من ذي يد
فلكل نصفه بنصف اي بنصف الثمن وترك اي ترك
النصف واخذ كل الثمن لاستوائهما في السبب وتعذر
القضاء بكله لكل واحد منهما وبه قال مالك في رواية
والشافعي في قول وقال في قول اخر يقرع به قال احمد
في رواية وعن الشافعي ايضا يسقط البينتان ويرجع
الى البائع فان صدق احدهما سلم ذلك الشيء له ولو ترك
احدهما المبيع واختار الفسخ بعد ما قضي له باخذ
نصفه او تركه لم ياخذ الاخر كله لان القاضي لما قضى

بالمبيع بينهما يقضي قضاؤه فسخ العقد في كل واحد منهما
في النصف فلا يعود اليه الا بتجدد العقد فقد يعيد
العقد لانه لو ترك قبل القضاء باخذ الجميع لان بينته
اثبت انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف لمزاحمة
القضاء ولم يوجد والشرا احق من هبة مع قبض ومن
صدقة مع قبض ومن رهن مع قبض يعني اذا ادعى واحد
شرا من شخص واخر هبة وقبضا او صدقة وقبضا
او رهنا وقبضا من ذلك الشخص واقام كل منهما بينة
وتاريخ نعمها فالشرا اولى لكونه معاوضة من الجانبين
يثبت به الملك في العوض والمعوض والبينتان تترجح
بكثرة الاثبات والشرا والمهر سواء يعني اذا ادعى واحد
شرا شيء من اخر وادعت امراة انه تزوجها عليه فليس
احدهما احق به من الاخر ويقضي به بينهما وهذا عند ابي
يوسف وقال محمد الشراء اولى وعلى الزوج قيمة ذلك الشيء
وكذا الغصب والوديعة سواء حتى لو كان عين في يد رجل
فاقام رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والاخر
بالوديعة يقضي بها بينهما نصفين لان الوديعة والامر
انتفى فيهما سواء لان كل واحد من البينتين لا يوجب
الا الظن وبه قال احمد والشافعي في الجديد ومالك في
المشهور وقال الاوزاعي يرجح وهو قول الشافعي في القديم
ومالك في رواية لان القلب اليهم اميل وعن مالك ايضا
يرجح بزيادة العدالة ولو ادعى احد خارجين نصف داره
والاخر كلها فالربع للاول عند ابي حنيفة وقالا الثلث
للاول والباقي للثاني على القولين لهما ان مدعي الكل
يدعي النصفين والاخر يدعي النصف الواحد وليس لشي

واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر
حقهما وهذا طريق العول ولابي حنيفة ان مدعي الكل
لا ينازعه احد في النصف فسلم له نصف من غير منازعة
في النصف الاخر فيكون بينهما وهذا طريق المنازعة
وان كانت الدار معهما اي في ايديهما فهي لمدعي الكل
وهو مدعي الكل نصف بالقضاء ونصف لا به وهو رواية
عن احمد وقال مالك والشافعي واحمد في رواية يبقى
الدار في يدهما كما كانت لترجح بينة صاحب اليد باليد
ولو برهن خارجان على نتاج دابة تنازعا فيها بان
اقام كل منهما بينة على انها نتجت عنده وارخا قضي
لمن وافق تاريخه سنها لان الحال شهدت له ولا فرق
بين ان يكون الدابة في يدهما او في يد احدهما او في يد
ثالث لان الحال لا يختلف في ذلك قيد بالتاريخ
لان النزاع لو كان في النتاج من غير تاريخ لكانت الدابة
لذي اليد ان كانت في يد احدهما ولهما ان كانت في يدهما او
في يد ثالث وان اشكل موافقة سن الدابة للتاريخين
بان لم يتبين موافقته ولا مخالفته فلهما اي فالدابة
لهما لان احدهما ليس باولى بها من الاخر وهذا اذا كانت
في يد احدهما او كانا خارجين بان كانت في يد ثالث وان
كانت في يد احدهما قضي بها له لانه لما اشكل الامر سقط
التاريخان فصار كانهما لم يورخا ولو خالف سن الدابة
التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين
فيترك في يد من كانت في يده هكذا ذكر الحاكم وبعض المشايخ
والاصح انهما لا يبطلان بل ان يقضى بها بينهما ان كانا نخ
خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى

بها الذي البد فهكذا ذكره محمد وهو استحسان ويؤيده رواية
جابر بن عبد الله ان رجلين تداعيا دابة فاقام كل واحد
البينة انها دابته نتجها فقضى رسول الله صلى الله
عليه وسلم للذي في يده **وذو اليد هو المستعمل لمن تبن**
بتشديد الموحدة اي ضرب اللبن حتى لو ادعى رجلان
ارضا في يده وادعى احد منهما ذلك ولم يبرهن واحد منهما
ولكن عمل فيها احدهما بان بنى او ضرب لبنا او حفر
بيرا فقضى له لان التمكن من الاستعمال دليل اليد في ظاهر
الاحوال فقيدنا بانه لم يبرهن واحد منهما لانهما لو برهنا
فقضي لهما وان لو برهن احدهما فقضي له لان اليد حق
مقصود فلا يثبت عند القاضي بمجرد الدعوى بل لا بد
من البينة او الاستعمال لان التمكن منه دليل اليد
واللابس بالرفع عطف على المستعمل **لا اخذ الكم والراكب
لا اخذ اللجام ومن في السرج لا رديفه وذو الحمل لا من علق
عليه كوزه** فلو تنازعا في قميص واحدهما لابسه والاخر
متعلق بكمه او في دابة واحدهما راكبها والاخر متعلق
بلجامها او احدهما راكب في سرجها والاخر رديف له او في
بعير واحدهما له حمل عليه والاخر علق عليه كوزه كان
القميص للابس والدابة للراكب **ومن اتصل الحائط ببنائه
اتصال تربيع** عطف على المستعمل لا اتصال ملازقة بان
يتداخل لبن البنا المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره
في لبن البنا المتنازع فيه **او وضع** عطف على اتصل **عليه**
اي على الحائط **الجذع** لان اتصال التربيع لا يكون الا عند
البناء فدل على انه بانيهما واحد وصاحب الجذع صاحب
استعمال والاخر صاحب تعلق فصار كمتنازعين في دابة

لاحدهما

254

لاحدهما حمل وللاخر كوز معلق وقال الشافعي واحمد لا ترجيح
بوضع الجذع لان الوضع يحتمل ان يكون عن مالك وان
يكون عن استعارة او غصب ولا ترجيح بالمحتمل ولنا ان
واضع الجذع مستعمل للحائط بالوضع والاستعمال
يد وعند التعارض القول لصاحب اليد **ولا اعتبار
بوضع خشبات عليه** اي على الحائط حتى لو تنازعا
في حائط ليس لاحدهما عليه شي وللاخر عليه خشبات
كان بينهما لان تلك الخشبات للاستظلال فصار كما
لو كان لاحدهما على الحائط ثوب مبسوط ولا شي عليه
للاخر **وجالس البساط** وقع مثل هذه العبارة في الوقاية
وكان النساخ حذفوا منها حرف على اي وجالس على البساط
والمتعلق به اي بالبساط **سوا** اي مستويان في اليد فهو بينهما
نصفان **وكذا من معه ثوب وطرفه مع اخر** سواء في اليد
حتى لو تنازعاه يكون بينهما فهو بينهما لا في تلك الحالة
نصفين لان كل واحد منهما ثابتة في الثوب الا ان يد احدهما
ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب الترجيح لانه بالقوة لا بالكثرة
فصار كما لو تنازعا في دابة ولكل واحد عليها حمل على
التفاوت لاحدهما من وللاخر مايه من كانت الدابة
بينهما نصفين **وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق
ساحتها** وهي عرصة في الدار او بين يديها فلو تنازعا في
الساحة كانت نصفين نصف لذي البيوت ونصف
لذي البيت لاستوائهما في استعمال تلك الساحة المرور
فيها ووضع الامتعة وصب الوضوء وكسر الحطب فصار
نظير الطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل
والبيت بخلاف ما لو تنازعا في الشرب حيث يقسم

بينهما على قدر ما فيهما لانه يحتاج اليه لاجل سقي الارض
فيتقدر بقدرها **فصل** اي في دعوى النسب
كما في نسخة **مبيعة ولدت لاقل من نصف حول منذ بيعت**
فادعى البائع الولد ثبت نسبه منه استحسانا وان ادعاه
المشتري معه **وثبت امية ولدها** اي كون المبيعة ام ولد له
ويفسخ البيع والقياس وهو زفر والشافعي لا يثبت
نسبه ولا يصح دعوته الا ان يصدقه المشتري لان البائع
اعترف بالبيع ان الولد عبد فكان في دعواه مناقضا
وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع وصار كما لو
ادعى التدبير والاعتاق قبل البيع وكذبه المشتري
ووجه الاستحسان ان مبنى النسب على الخفاء فيعفى
فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن العلوق في
ملكه وذلك بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة
اقامة البينة بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع
فانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعفى فيه التناقض
واذا صحت دعوة البائع استندت الى وقت العلوق
وتبين انه باع ام ولده وهو باطل فيرد الثمن لانه قبضه
بغير حق **ولو ادعاه** اي ادعى البائع الولد **بعد عتقها**
اي عتق المشتري امه **يثبت نسبه** لان الولد هو
الاصل في النسب والام تبع له الا ترى انها تضاف اليه
فيقال ام ولد وتستفيد الحرية من جهته والمانع
من ثبوت النسب وهو ههنا العتق لم يقم به بل بامه فلذا لم
يمتنع النسب فيه وامتنع في امه وصار كولد المغرور فانه
حر وامه امة لمولاها وفي النهاية ان ولد المغرور هو الذي
تزوج امراة على انها حرة فبانت مملوكة **ويرد حصته**

من

من الثمن بان يقسم الثمن على قيمة الولد وقيمة امه
فما اصاب الولد يرده البائع الى المشتري وما اصاب الام
لا يرده ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه ثبت فيها
ما لا يحتمل الابطال وهو العتق والولاء وكذا الحكم
فيما اذا دبرها لما ظهر فيها من اثار الحرية وهو امتناع
التمليك **ولا يعتبر دعوة المشتري** بكسر الدال **ولا دعوة**
البائع بعد موت الولد او اعتقه لانه بالموت قد استغنى
عن النسب فيتعذر اثباته فيه وبالاعتاق ثبت الولاء
فيه وهو كالنسب لا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال
النسب **وكذا** لا يعتبر دعوة البائع **لو ولدت لاكثر من**
نصف الحول واقل من سنتين من وقت البيع فلا يثبت
النسب لاحتمال ان يكون العلوق بعد البيع **الا اذا صدقه**
المشتري فيثبت النسب من المشتري البائع للتصادق
ويبطل البيع ويكون الولد حرا والام ام ولد **وبسنتين**
او اكثره يثبت النسب وهي ام ولده نكاحا ان صدقه
المشتري حملا له على الصلاح وقول المشتري على
الصدق ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن
في ملك البائع واذا لم يكن العلوق في ملك البائع كان
دعوته دعوة تحرير وهو غير مالك وغير المالك
ليس باهل للتحرير فلا يصح دعوة التحرير منه فلم
يعتق الولد ولم تصر امه ام ولد فقيد بتصديق المشتري
لانه لو لم يصدقه لم يصح دعوة البائع لانه لم يوجد
اتصال العلوق بملكه يقينا ولو اخبرت امراة بموت
زوجها فاعتدت وتزوجت وجاءت بولد ثم جاء
الزوج الاول فالولد للاول في رواية عن ابي حنيفة

سواء جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني
او لاكثر من ذلك بسنتين او اكثر لان صاحب الفراش
الصحيح ثابت حتى موته لا يفسد فراشه والزوج
الثاني صاحب فراش فاسد ولا معارضة بين الصحيح
والفاسد مدفوع بالصحيح والمراة مردودة الى الزوج
الاول والولد ثابت النسب منه وفي رواية عبد الكريم
الجاني عن ابي حنيفة رحمه الله ان الولد للثاني وهو
قول ابن ابي ليلى لان الفراش الفاسد يثبت النسب
كالفراش الصحيح ثم الثاني اقرب اليها يدا والولد
مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانبه بالقرب
واعتبار الحقيقة وفيه حديث الشعبي ذكره محمد
في الكتاب وهو ان رجلا من جعفي زوجه ابنته
من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله
بمعاوية فزوج الجارية اخوتها فجاء ابن الحر فخاصم
زوجها الى علي فقال علي انك المالي علينا عدونا
فقال يمنعني ذلك من عدلك فقال لا فقضى
بالمراة له وقضى بالولد للزوج الاخر الا ان ابا حنيفة
قال الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر
ولو ثبت وجب القول به وقال محمد الولد للاول ان جاءت
به لاقل من نصف سنة من حين العقد الثاني وان
جاءت به لستة اشهر فصاعدا منذ تزوجها الثاني
فهو من الثاني سواء ادعياه او نفياه لان النكاح الفاسد
يلحق بالصحيح في حكم النسب فباعتراض الثاني على الاول
ينقطع الاول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني والتقدير
بادنى مدة الحمل اعتبار الفاسد بالصحيح وانما قلنا ان

الاول

الاول ينقطع بالثاني لان بدخول الثاني بها يحرم على الاول
ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس الا
لصيانة الماء في الرحم فلو لم يكن النسب بحيث يثبت
من الثاني لو لم يكن لوجوب العدة عليها من الثاني
معنى وقال محمد هو للاول ان جاءت لاقل من سنتين
منذ دخل بها الثاني وللثاني ان جاءت به لاكثر من
سنتين منذ دخل بها لان وجوب العدة عليها من
الثاني بالدخول لا بالنكاح والحرمة انما تثبت على الاول
بوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا
السبب كحرمتها عليه بالطلاق والتقدير بادنى مدة
الحمل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للامكان
فاذا جاءت به لاقل من سنتين فقد انقطع هذا
التوهم فكان النسب من الثاني وكذا الخلاف لو ادعت
الطلاق واعتدت وتزوجت والزوج الاول جاحد
لذلك اذ كلاهما في المعنى سواء **كتاب الصلح**
قوله اسم للمصالحة بمعنى المسالمة واصله من الصلاح
وهو استقامة الحال ضد الفساد وشرعا وضع عقد
يرفع النزاع اي المنازعة بين الخصمين وصح الصلح
باقرار اي مع اقرار وصح سكوت بان لا يقر ولا ينكر
ومع انكار وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي لا يصح الا مع
الاقرار لان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وذلك
مع غير الاقرار رشوة ولنا ما روى ابو داود في سننه
وابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز
بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا ورواه

الترمذي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف
المزني عن ابيه عن جده ووجه الدلالة ان الصلح
مع انكار او سكوت احل حراما او حرم حلالا لان المدعي
ان كان محقا كان اخذه المدعى به حلالا له قبل الصلح
وحراما عليه بعده وان كان مبطلا كان اخذ المال على
الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح حلالا بعده
ولنا اطلاق قوله تعالى والصلح خير واطلاق اول الحديث
السابق وما اخره فمعناه احل حراما لعينه كالصلح
على خمر او حرم حلالا لعينه كصلح المراة زوجها على
ان لا يطاها ضرتها وهذا اولى في معناه لان الصلح مع
الاقرار في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على الماخوذ
الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وقد حرم
بالصلح وكان حراما على المدعى عليه قبل الصلح وقد حل
بالصلح ولان الصلح عن انكار او سكوت صلح بعد دعوى
صحيحة فيقتضي جوازه لان المدعي ياخذ عوضا عن حقه
في زعمه وهو مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة
عن نفسه وهو ايضا مشروع لان المال خلق لصيانة
الانفس عن المهالك والمفاسد ودفع الضرر او جائز
نقل ابو الليث عن ابي يوسف جواز المصانعة وفي
نسخة المصانعة وهي الرشوة للاوصياء اموال
اليتامى وبه يفتى واليه الاشارة بقوله تعالى اما
السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر
فاردت ان اعيبها حيث اجاز التعييب مخافة اخذ
المتغلب كذا في احكام الصغار وفي المحيط لو رشى
لدفع جور عن نفسه او ماله فهو جائز على ما سيأتي به

او اعطى شيئا لا باس به يعني جوابه لعرضه
فالاولى وهو الصلح مع اقرار **كبيع ان دفع عن مال
بمال** لوجود معنى البيع فيه وهو مبادلة المال
بالمال بالتراضي فيجب ان كان عن عقار **الشفعة** وفيه
الخيارات الثلاثة وهي خيار العيب وخيار
الشرط وخيار الرؤية لان هذه الاشيا من احكام
البيع **ويفسد جهالة البدل** وهو ما وقع عليه
الصلح لان البيع يفسد بالجهالة المفضية الى
المنازعة قيد بالبدل لان جهالته هي المفضية
ح. الى المنازعة في المصالح عنه لان المصالح عنه لا يحتاج
في الصلح الى تسليمه وكذا يفسد فلا يضر الجهالة
بخلاف المصالح عليه ولهذا لو كان البدل غير
مقدور التسليم يفسد الصلح ولو كان المصالح
عنه كذلك لا يفسد لانه لا يحتاج الى تسليمه وكذا
يفسد البدل بجهالة الاجل اذا جعل مؤجلا
وما استحق من المدعي اي المصالح عنه **رد المدعي
حصته من العوض** اي البدل ان كلا فكلا وان بعضا
فبعضا **وما استحق من البدل رجع المدعي على**
المدعى عليه **بحصته من المدعي** ان كلا فبالكل وان بعضا
فبالبعض لان كل واحد منهما عوض عن الاخر
وهذا حكم المعاوضة **وكالاجارة** عطف على كبيع
اي والصلح عن اقرار كالاجارة ان **دفع عن مال
بمنفعة** لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنفعة
بمال والاعتبار في العقود للمعاني والاصل في الصلح
ان يحمل على اشبه العقود له فيجري فيه احكامه

فيشترط التوقيت فيه اي في الصلح الواقع عن مال
عن منفعة وهذا اذا كانت المنفعة تعلم بالتوقيت
كالخدمة وسكنى الدار فيدنا بما لانها لو كانت لا تعلم به
كما لو صالح عن مال على نقل هذا الشي من ههنا
الى ثمة لا يشترط التوقيت **ويبطل الصلح بموت**
احدهما في المدة وبهلاك المنفعة قبل الاستيفاء
حتى لو صالح عن دعوى دار على سكنى دار او خدمة
عبد سنة او ركوب عبده الدابة الى بغداد او لبس
هذا الثوب شهرا ثم مات المدعي او المدعى عليه او هلك
محل المنفعة فان كان قبل استيفاء شي من المنفعة
بطل الصلح فيعود الى الدعوى وان كان بعد
استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقي ورجعت دعواه
بقدره وهذا قول محمد وهو القياس لان هذا الصلح
اجارة وهي تبطل بواحد من هذه الاشيا وقال
ابو يوسف ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح
ويستوفي المدعي المنفعة وان مات المدعي فكذلك
في خدمة العبد وسكنى الدار ويقوم الوارث
مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب
لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت
احدهما اثارتها بينهما والناس متفاوتون في
الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث
للضرر الذي يلحق المالك **والاخران** وهما الصلح مع
سكوت والصلح مع انكار **معاوضة في حق المدعي**
لانه ياخذ بدل الصلح على انه عوض في زعمه **وفداء يمين**
وقطع نزاع **في حق الاخر** وهذا في الانكار ظاهر لان بالا

الانكار

بالانكار تبين ان ما يعطيه لقطع الخصومة وعلى تقدير
وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار
والانكار وعلى تقدير الاقرار يكون عوضا وعلى تقدير
الانكار لا يكون فلا يثبت كونه عوضا بالشك ويجوز
ان يختلف حكم العقد وغيره في شخصين كالاقالة
فانها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث
وكالخلع فانه معاوضة من جانب المراة يمين من جانب
الزوج وكالنكاح فانه حل في حق المتناكحين تحريم
موبد في حق اصولهما وكالجهة الواحدة في تحري
القوم عند اشتباه القبلة فانها قبلة في حق من وقع
تحريه عليها دون الاخر **فلا شفعة في صلح عن دار** مع
سكوت او انكار لانه يعتقد انها داره باقية على ملكه
وان ما يدفعه الى المدعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء
اليمين وقطع الخصومة **بل الشفعة في الصلح على دار**
لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكانت معاوضة
في حقه وان كان المدعى عليه يكذبه وصار كما لو قال
اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر حيث
ياخذها الشفيع بالشفعة **وما استحق في الصلح** مع
سكوت وفي الصلح مع انكار **من المدعي** هو بفتح العين
وما بيان لما **فكما مر** في الصلح مع اقرار من ان المدعي يرد
حصته من العوض لان المدعى عليه لم يدفع العوض الا لدفع
الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق في الجميع
تبين ان لا خصومة للمدعي فبقي له العوض في يده غير
مشتمل على غرضه فيسترده واذا ظهر في بعضه تبين
ان لا خصومة في ذلك البعض فيخلو العوض فيه عن الغرض

الذي هو المعوض وما استحق من العوض رجع المدعي الي
الدعوي في الكل ان استحق الكل وفي قدر المستحق ان استحق
البعض لان المدعي ما ترك الدعوي الا ليسلم له البدل فاذا لم
يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوي ولو صالح علي بعض
دار يدعيها بان صالحه علي بيت معلوم منها لم يصح الصلح
وهو علي دعواه في الباقي لان بعض الشيء لا يصلح عوضا عن
كله وبه قال مالك واحمد وهو وجه في مذهب الشافعي
وحيلته اي حيلة جواز هذا الصلح ان يزيد المدعي عليه
في البدل شيئا ثوبا او درهما حتي يكون ذلك الشيء عوضا
عن الباقي في يده او يبري من الابراء بصيغة المفعول اي
يبرا المدعي عليه او بصيغة الفاعل اي يبرا المدعي عليه عن دعوي
الباقي بان يقول له المدعي ابراتك او برئت من دعوي هذه
الدار لان الابراء عن دعوي العين جايز وصح الصلح عن دعوي
المال بمال ومنفعة اما بمنفعة فلانه في معني الاجارة واما
بمال فلانه بمعني البيع في حقهما ان وقع مع اقرار وفي حق
المدعي ان وقع مع سكوت او انكار وافتداء اليمين في حق
الاخر وصح الصلح عن دعوي المنفعة بمال وبمنفعة كان
ادعي في دار سكني وصية من رب الدار فجحد الوارث او اقر
به وصالحه علي شي جاز لان اخذ العوض علي المنفعة جايز
بالاجارة فالصلح لكن لا يجوز بالمنفعة عن المنفعة الا اذا
كانا مختلفي الجنس كما لو صالح عن السكني علي سكني او
عن الزراعة علي زراعة فانه لا يجوز لان المنفعة لا يجوز
استيجارها بجنسها ويجوز بخلاف جنسها من المنافع وكذا
الصلح وصح الصلح عن دعوي الجناية في النفس وما دونها
عمدا وخطا سواء كان مع اقرار او سكوت او انكار اما العمد

في

في النفس فلقوله تعالي فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف
واداء اليه باحسان فان معناه عند ابن عباس والحسن
والضحاك من اعطي له وهو ولي القتيل من دم اخيه اي من
جهة المقتول شي من المال بطريق الصلح ونكره لانه
مجهول القدر فانه يقدر بما تراضيا عليه فاتباع بالمعروف
اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح علي حسن
معاملة واداء اي وعلي المصالح اداوه الي ولي القتيل
باحسان واما الخطا في النفس فلان موجبه المال فيصير
بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة علي قدر الدية اذا وقع
الصلح علي احد مقادير الدية كما لا يجوز الصلح علي اكثر
من الدين من جنسه في دعوي الدين للربوا بخلاف الصلح
عن القود حيث يصح الزيادة فيه لان القود ليس بمال
واما ما دون النفس فمعتبر بالنفس فيلحق ما يوجب
القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطا
فيها وصح الصلح عن دعوي الرق بان ادعي رجل علي اخر انه
عبده وعن دعوي الزوج علي امراة النكاح والمراة تنكره
وكان الصلح عن الرق عتقا بمال في حق المدعي وعن النكاح
خلعا في حق الزوج لانه امكن تصحيح الصلح فيهما بهذا
الاعتبار والصلح يجب حمله علي اقرب العقود اليه
واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما
امكن ولم يجز الصلح عن دعواها المراة النكاح لان بذل
الزوج المال علي ترك الدعوي ان كان فرقة فالزوج
لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يكن فرقة فالحال علي ما كان
قبل الدعوي وهي باقية علي دعواها فلا يكون ما اخذته
عوضا عن شي فلا يجوز وفي بعض نسخ القدوري ان الصلح

جائز ووجهه ان يجعل بدل الزوج المال لها زيادة في مهرها
فيصير كانه زادها في مهرها فيصير كانه زادها في مهرها
ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير
الزيادة **ولا عن دعوى حد** بان اخذ رجل زانيا او سارقا
او شارب خمر ليرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال
على ان لا يرفعه الى الحاكم فالصلح باطل ويرد ما اخذه
منه لان ذلك حق الله تعالى لا حق الآخذ والاعتياض
عن حق الغير لا يجوز **وبدل صلح** مبتدا مضاف **هو كبيع**
صفة صلح بان كان عن مال **على الوكيل** خبر المبتدا
وانما كان هذا البدل على الوكيل لان الحقوق في البيع ترجع
الى الوكيل ومن جملتها دفع البدل **وما ليس كذلك** اي وبدل
صلح ليس كبيع **كالصلح عن دم عمد او على بعض دين**
يدعيه على الموكل لان هذا الصلح اسقاط محض فكان ه
الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا يكون البدل عليه كالوكيل
بالنكاح الا ان يضمنه فانه ح يؤاخذ به لضمانه لا بعقد الصلح
وان صالح فضولي بان صالح رجل عن آخر بغير امره **وضمن**
البدل او اضاف الى ماله بان قال صالحتك على عبدي فلان
او اشار الى نقد بان قال على هذه الالف **او عرض** بان قال
على هذا الثوب **او اطلق ونقد** **بان قال على الف** وسلمها
اليه **صح الصلح** في جميع هذه الصور لان الحاصل للمدعي
البراءة والساقط بلا شي ويحصل فاستوى الفضولي
والمدعى عليه **وان اطلق ولم ينقد** بان قال صالحتك على
الف فهو موقوف **ان اجازه المدعى عليه جاز** لان نفع الصلح
وهو دفع الخصومة حاصل له **ولزم البدل** المدعى عليه ه
لالتزامه اياه باختياره **والا** اي وان لم يجزه المدعى عليه **رد**

لان

لان المصالح هنا وهو الفضولي لا ولاية له على المطلوب فلا
ينفذ تصرفه عليه **وصلحه على جنس ماله** وهو بفتح اللام
اخذ لبعض حقه وحط لباقيه لان تصرف العاقل يتحرى
لتصحيحه ما امكن وقد امكن ذلك بجعله عليه **لا معاوضة**
لافضائه الى الربوا **وصح الصلح عن الف حال مائة حالة**
وكان ابراء له عن تسعمائة **او على الف مؤجل** وكانه اجل
نفس الحق اولا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم
بمثلها نسيئة لا يجوز **وعن الف جياد** عطف على الحال **على**
مائة زيوف وصار كانه اسقط بعض حقه وصفته
ولم يصح الصلح عن دراهم على دنانير مؤجلة اذ لا وجه
لصحته ذلك سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة
لا يجوز ولا يمكن حمله على التاخير لان الدنانير غير مستحقة
بعقد المداينة **او عن الف موجل على نصفه حالا** لان
الحال خير من المؤجل والمستحق هنا بعقد المداينة
هو المؤجل فيكون تعجيل خمسمائة التي كانت مؤجلة
مقابلة الخمسمائة المحطوطة وذلك اعتياض عن الاجل
وهو حرام الا ترى ان ربوا النساء حرام لشبهة مبادلة
المال بالمال بالاجل فلان يحرم حقيقته اولى وبه
قال مالك والشافعي واحمد واكثر العلماء **او عن الف سود**
على نصفه بيض لان البيض غير مستحقة هنا
بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون هذا الصلح
معاوضة الف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا
بخلاف ما لو صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة
المثل بالمثل ولا معتبر بالجودة لانها ساقطة الاعتبار

بيان الف

في الاموال الربوية الا انه يشترط القبض في المجلس لانه
صرف **ومن امر** بصيغة المجهول **بأداء نصف دين عليه**
غدا على انه بريء مما زاد على النصف **ان قبل ومن** بأن ادى
نصف الدين في الغد بريء **وان لم يف عاد دينه** كما كان ولم
يبرأ مما زاد على نصف الدين وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد لانه ابراء مقيد بالشرط وقال ابو يوسف برئ مما
زاد على النصف لانه ابراء مطلق ولو علق **صريحا ان اديت**
او اذا اديت او متى اديت الي كذا فانت بريء **من الباقي لا يبرأ**
لانه تعليق بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشرط باطل
لما فيها من معنى التمليك والفرق بين التقييد والتعليق
اما من حيث اللفظ فان التقييد لا يستعمل فيه لفظ الشرط
صريحا وفي التعليق يستعمل واما من حيث المعنى فان
تقييد الابراء بالشرط يحصل به الابراء في الحال بشرط وجود
ما قيد به وفي التعليق لا يحصل في الحال لان المعلق بالشرط
معدوم قبله فكان التعليق بمنزلة الاضافة الى وقت
الشرط **ولو صالح احد ربي دين عن نصفه** اي نصف
الدين على ثوب **اتبع شريكه غريمه بنصفه** اي نصف
الدين لان نصيبه باق في ذمة الغريم فان القابض قبض
نصيب نفسه **او اخذ نصف الثوب** من شريكه لان له
حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه
في ذلك فيبدل المصالح عنه بكونه دينا لانه لو كان عينا اشتركه
لا ينقص المصالح عنه ملك ببدل الصلح وليس لشريكه
ان يشاركه فيه بكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح على
جنسه شاركه فيه او رجع على المديون وقال البرجندي

وانما قال على ثوب لانه لو وقعت المقاصصة بدين سابق
لا يرجع لشريك الاخر عليه وقال ابو المكارم انما ذكر الثوب
اتفاقي اذ لو صالح نصيبه على جنس الدين كان للساكت
اتباع غريمه بنصفه الباقي او اتباع شريكه بنصف المصالح
عليه ولو قال سرا لا اقر لك عليه حتى تؤخره عني
او تحط منه بعضه ففعل جاز عليه اذ الحط صدر عن
المالك لا عن اكراه لانه بهذا لا يصير مكرها لانه يمكنه
دفع مقدار باقامة البينة او الاستحلاف لينكل الا ترى اذ
الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الاكراه لما
قدمناه **كتاب الحدود الحد** لغة المنع وسمي التعريف
الجامع المانع حدا لانه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره
فيه وشرعا **عقوبة مقدرة** تجب **حقا لله تعالى** لانها
تمنع من ارتكاب اسبابها وحدود الله ايضا محارمه لان
العباد ممنوعون من اقترابها قال تعالى تلك حدود
الله فلا تقربوها وهي ايضا احكامه لانها تمنع من التجاوز
عنها قال تعالى تلك حدود الله فلا تعتدوها وانما كان
حقا لله لانه شرع لمصلحة تعود الى الناس كافة فحد
الزنى لحفظ الانساب وحد القذف لحفظ الاعراض وحد
السرقة لحفظ الاموال والمقصود الاصلي من شرع الحد
هو انزجار النفوس عن شهواتها عما نهى الشرع عنه من
مباحاتها وردع عما يتضرر به العباد وصيانة لدار الاسلام
عن الفساد واما التطهير عن الذنب فليس بحكم اصلي لاقامة
الحد لانه يحصل بالتوبة قال تعالى في حق قطاع الطريق
ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم
الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله

غفور رحيم ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهور له وعلى
كره ممن اقيم عليه **فلا تعزير ولا قصاص حد** اما التعزير
فلعدم التعزير واما القصاص فلانه يجب حقا للعبد
ولهذا جاز العفو عنه والاعتياض منه **والزنى** اي الموجب
للحد وهو بالتقصير وقد يمد **وطء في قبل خال عن ملك**
وشبهة كمعتمد الايمة الثلاثة قال صاحب الهداية
ويؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات
رواه ابن عدي بهذا اللفظ والمعروف ادرؤا الحدود عن
المسلمين ما استطعتم رواه احمد وغيره ولا بد من تقييد
الوطء بكون الموطوءة مشتهاة ليخرج وطء البهيمة والتي
لا تشتهى لموت او صغر وبكون الواطئ مكلفا طائعا
ليخرج المجنون والصبي والمكره وبالقبل لان الزنى يختص
به عند ابي حنيفة والخفاية الحد مرتبا على الايلاج فيه
الحد لما سيأتي **ويثبت** الزنى ثبوتا ظاهرا عند القاضي
بشهادة اربعة لا بمجرد علم القاضي لان علمه ليس بحجة
في هذا لان الحدود تندفع بالشبهة والتهمة وان كان
القياس انه حجة كما قاله ابو ثور والشافعي **بالزنى** لا
بالوطء ولا بالجماع لان لفظ الزنى هو الدال على فعل الحرام
والفاحشة كما قال تعالى ولا تقربوا الزنى انه كان
فاحشة وساء سبيلا والوطء والجماع محتملان وشرط
في الشهود ان يكونوا اربعة لقوله سبحانه واللاتي
ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم وقوله والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة
شهداء وذلك لان الله تعالى يحب الستر على عباده وفي
اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر اذ وقوف الاربعة

على

على هذا الفاحشة في غاية من الندرة ويشترط اتحاد
مجلس شهادتهم وبه قال مالك واحمد والاوزاعي والحسن
ابن صالح حتى لو شهدوا بالزنى متفرقين حدوا حد
القذف ومجلس شهادتهم هو ما دام الحاكم جالسا
ولا يشترط عند الشافعي اتحاد مجلسهم لاطلاق قوله
تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وللاعتبار
بساير الحقوق ولنا قول عمر رضي الله عنه لو جاءوا
مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد
قبل قول غيره يقع قذفا وكذا الثاني والثالث فلا ينقلب
شهادة ولو كان الزوج احدهم تقبل عندنا ولا تقبل
عند الشافعي لان فيه تهمة ولنا انه يعير بزنى امراته
فكان ابعد عن التهمة وصار كشهادة الوالد على زنى
ولده **فيسالهم** اي فاذا شهدوا يسالهم الامام او نائبه
في الاحكام **ما هو** اي عن ماهية الزنى لانه قد يطلق
على كل فعل حرام بالنسبة الى النساء ففي الحديث ان
العينان تزنيان وزناهما النظر وان اليدين تزنيان
وزناهما البطش وان الرجلين تزنيان وزناهما
المشي والفرج يصدق ذلك او يكذبه **ويسالهم كيف**
هو اي عن كيفيته لئلا يكون ما شهدوا به وقع منه
وهو مكره او غائب بالتفخيذين لا ايلاج **ويسالهم اين**
زنى اي عن مكانه لان الزاني في دار الحرب او البغي لا يحد
وعند الشافعي يحد ولنا ما رواه البيهقي عن الشافعي
قال قال ابو يوسف حدثنا بعض مشايخنا عن مكحول
عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب
مخافة ان يلحق اهلها بالعدو وروى الترمذي والنسائي

عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لا تقطع الايدي في السفر ولفظ الترمذي في الغزو لما
قول صاحب الهداية ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود
في دار الحرب فرفعه غير معروف ويسألهم متى زنى اي عن
زمانه لان الزنى المتقادمة او في حال الصبى او الجنون
لا يوجب الحد ومدة التقادم شهر في الاصح ويسألهم عمن
زنى لئلا يكون زوجته او جارية ابنه او موطوءة بشبهة
لا يعلمون بها فان بينوا ما سألهم عنه قالوا رأيناه الرجل
زنى بها كالميل في المكحلة وهو بضمتين وعاء الكحل وعدلوا
سرا وعلنا اما عند من لا يكتفي بظاهر العدالة في غير
الحدود من الحقوق فهو ظاهر واما عند من يكتفي فهو
احتيال في درء الحدود فعمه احتياطا حكم به اي بالزنى
او بالحد وقيد ببيان الشهود ما سئلوا عنه لانهم
لو لم يبينوا بان لم يزيدوا على قولهم زنى لا يحد المشهود
عليه للشبهة ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنى وسكوتهم
انما هو للاحتياط حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون
ثم القاضي يحبس المشهود عليه بالزنى حتى يسأل عن
الشهود وباقراره اي ويثبت الزنى باقرار الزاني بانه
زنى حرا كان او عبدا اربعا اي اربع مرات في اربع مجالس
من مجالس المقر لان الاقرار قائم به فيعتبر مجلسه دون
مجلس القاضي رده الامام كل مرة اي من المرات الثلاث
فانه اذا اقر مرة رابعة لا يرده بل يقبله ويسأله كما
مر من الامور الخمسة الا متى زنى لان التقادم لا يمنع
الاقرار وقيل يسأله لاحتمال ان يكون في زمن الصبى او
الجنون ثم اختلاف مجالس المقر بالزنى شرط عندنا

خلافا

263

خلافا لاحمد وابن ابي ليلى فانهما قالا لا يشترط اختلاف مجالس
المقر وانما يشترط العدد اعتبارا للاقرار بالشهادة ولنا
ما سيأتي من حديث ماعز الاسلمي وهو بكسر مهملة
فزاي وفي الايضاح ينبغي للامام ان يزجره عن الاقرار
ويظهر الكراهية له فقد روى ابو داود والنسائي واحمد
في مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان
ماعز بن مالك يتيما في حجر ابي فاصاب جارية
من الحي فقال له ابي ائت رسول الله صلى الله عليه
وسلم فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك وانما يريد
بذلك رجاء ان يكون له مخرج قال فاتاه فقال يا رسول
الله اني زنيت فاعرض عنه فاعاد حتى قالها اربع
مرات فقال عليه السلام انك قد قلتها اربع مرات
فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل
باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم
فرجم فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد
الله بن انيس فنزع له بوظيف بعير فقتله [illegible]
وذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال هلا
تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه وزاد فيه احمد
قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن ابيه ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال
لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت
به وروى ايضا ابو داود والنسائي من حديث ابي هريرة
قال جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد
على نفسه انه اصاب امرأة حراما اربع مرات كل ذلك
يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال انكتها قال نعم

قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال كما يغيب
المرود في المكحلة والرشاء في البير قال نعم اتيت منها
حراما مثل ما ياتي الرجل من امراته حلالا قال فما تريد
بهذا القول قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم وفي
صحيح مسلم عن بريدة قال كنت جالسا عند النبي
صلى الله عليه وسلم اذ جاء ماعز بن مالك فقال
يا رسول الله اني زنيت وانا اريد ان تطهرني فقال
له صلى الله عليه وسلم ارجع فلما كان الغد اتاه ايضا
فاعترف عنده بالزنا فقال له ارجع ثم عاد الثالثة
فاعترف عنده بالزنا ثم رجع الرابعة اعترف فامر
النبي صلى الله عليه وسلم فحفر له حفرة فجعل فيها
الى صدره ثم امر الناس فرجموه قال بريدة كنا نتحدث
اصحاب نبي الله ان ماعزا لو جلس في رحله بعد
اعتراف ثلاث لم يطلبه وانما رجمه بعد الرابعة وقال
مالك والشافعي يكفي في الاقرار مرة واحدة لما روى
الشيخان من حديث ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني
ان رجلا من الاعراب اتى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال يا رسول الله انشدك الله الا قضيت
لي بكتاب الله فقال الخصم الاخر وهو افقه منه
نعم اقض بيننا بكتاب الله واذن لي فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم قل قال ان ابني هذا كان
عسيفا على هذا اي اجيرا له فزنى بامراته وان اخبرت
ان على ابني الرجم فافتديته منه بمائة شاة ووليدة
فسالت اهل العلم فاخبروني ان على ابني جلد
مائة وتغريب عام وان على امراة هذا الرجم فقال

يارسول

يا رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده
لاقضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم
فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام
واغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها
قال فغدا عليها فاعترفت فامر بها رسول الله صلى
الله عليه وسلم فرجمت ووجه الدلالة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم علق رجمها باعترافها
ولم يشترط الاربع وروى مسلم عن بريدة قال اتته
امراة من غامد من الازد فقالت يا رسول الله طهرني
فقال ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي فقالت
اتريد ان ترددني كما رددت ماعزا قال وما ذاك قالت
انها حبلى من زنا فقال لها حتى تضعي ما في بطنك
قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى
النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية
فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس
له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي
رضاعه يا رسول الله فرجمها قالوا وانما رد النبي
صلى الله عليه وسلم ماعزا اربع مرات لانه عليه
السلام ظن ان في عقله شيا لا لكونه شرطا في
وجوب الحد وقد جاء في صحيح مسلم عن جابر بن
سمرة قال اتي رسول الله صلى الله عليه
وسلم برجل قصير اشعث ذي عضلات عليه
ازار وقد زنى فرده مرتين ثم امر به فرجم والعضلة
بفتحتين كل لحمة صلبة وفيه ايضا عن ابي سعيد
الخدري انه اعترف بالزنا ثلاث مرات قالوا وهذا

يضعف القول باشتراط الاربع واجيب عن حديث
العسيف بان معناه واغد يا انيس على امراة هذا
فان اعترفت الاعتراف المعهود بالرد اربع مرات
واما حديث الغامدية فالجواب عنه ان الراوي قد
يختصر الحديث ولا يلزم من عدم الذكر عدم الوقوع
وايضا فقد ورد في مسند البزار انه ردها اربع مرات
واما قوله انه عليه السلام رد ماعزا اربع مرات لانه
ظن ان بعقله شيا فالجواب عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم سال عن عقله بعد اعترافه الرابعة
لما في الصحيحين من حديث جابر بن عبد الله ان
رجلا من اسلم اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاعترف بالزنا فاعرض عنه ثم اعترف فاعرض عنه
حتى شهد على نفسه اربع شهادات فقال له النبي
صلى الله عليه وسلم ابك جنون قال لا قال فهل احصنت
قال نعم فامر به فرجم زاد البخاري فقال له النبي صلى
الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه انتهى ولو كان
التكرار اربعة انما هو لاختبار عقله لما كان في السوال
عنه بعد الرابعة فايدة وكيف وقد ورد انه عليه
السلام رده بعد ان اخبر بعقله فيما رواه مسلم
من حديث بريدة ان ماعزا اتى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية من الغد فرده
ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا نعم
فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه
الثالثة فارسل عليهم ايضا فسال عنه فاخبروه
انه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له ورجمه حفرة ع

وفي

وفي مسند احمد ومصنف ابن ابي شيبة عن عبد الرحمن
ابن ابزى عن ابي بكر انه قال اتى ماعز بن مالك النبي
صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده فقال
فقلت له ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم
جاء فاعترف عنده الثالثة فرده قال فقلت له ان
اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه
ثم سال عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر برجمه وهذا
صريح في الدلالة على اشتراط الاربع لكن في اسناده
جابر الجعفي واما قولهم انه جاء في الصحيح انه عليه
السلام رد مرتين وثلاث مرات فالجواب عنه انه
رده مرتين بعد مرتين واختصره الراوي يدل على
ذلك ما رواه ابو داود والنسائي من حديث سماك
عن عكرمة عن ابن عباس قال اتى النبي صلى الله عليه
وسلم ماعز بن مالك فاعترف مرتين فقال اذهبوا
به ثم قال ردوه فاعترف مرتين حتى اعترف اربعا
فقال اذهبوا به فارجموه فتبين من هذا ان المرتين
المذكورتين في الصحيح من الاربع وكذلك رواية
الثلاث وبتفق بذلك الاحاديث والله اعلم
ولا يعتبر اقراره عند غير القاضي ممن لا ولاية له على
اقامة الحدود ولو كان اربع مرات حتى لا يقبل
الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع
عن اقراره وان كان مقرا فلا يعتبر الشهادة بالاقرار
مع الاقرار ولو اقر بالزنا مرتين وشهد عليه
اربعة لا يحد عند ابي يوسف وقال محمد يحد لان
هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فتقبل الشهادة

وحدها حجة فيقبل ولابي يوسف ان الاقرار موجود
حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فاورثت حقيقة
شبهة والحد يندرئ بالشبهة ولا شبهة ان حجة
محمد اقوى فان الشهادة اذا كانت وحدها حجة فكيف
يورث بتأكيد اقراره شبهة فان تبين اي المقر
تأمر انه يسأله عنه حيث اي ندب تلقينه رجوع
بلعلك لمست ونحوه وهو لعلك قبلت لعلك وطيت
بشبهة لما في المسند ركن عن حفص بن عمر العدني ثنا
الحكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس ان ماعزا اتى
الى رجل من المسلمين فقال له اني اصبت فاحشة فما
تأمرني فقال له فاذهب الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم يستغفر لك فاتى النبي صلى الله عليه
وسلم فاخبره فقال له لعلك قبلتها قال لا قال
لمستها قال لا قال ففعلت بها كذا ولم يكن قال
نعم قال اذهبوا فارجموه ولفظ البخاري لعلك
قبلت او غمزت او نظرت قال لا قال افنكتها قال
نعم فعند ذلك امر برجمه فان رجع قبل حده او في
وسطه خلي اي ترك وهو قول الشافعي واحمد ورواية
عن مالك وعنه وهو قول ابن ابي ليلى انه لا يخلى لان
الحدود وجب باقراره فلا يبطل بعد ذلك بانكاره
كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقود وحد القذف
وعنه ان ذكر لاقراره تأويلا بان قال حسبت المفا
خذة زنا خلي والا اي وان لم يرجع حد وانما خلي
اذا رجع قبل كمال الحد لان الرجوع يحتمل الصدق
كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتحقق الشبهة

في

266
في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص
والقذف لوجود من يكذبه فيه وعلماؤنا والشافعي
اعتبروا الاقرار من ذمي بالزنا بذمية حتى يحدهم ولا
يعتبره مالك ولا يحد امرأة بظهور حبل من غير تعقل
لها لان احتماله كونه من نكاح صحيح او فاسد شبهة
دارئة للحد وحدها مالك لما يأتي من قول علي
ايما امرأة جنى بها وبها حبل او اعترفت فللامام اول
من يرجم ولان ظهوره بلا زوج دليل زناها فلو ادعت
انه من نكاح لا يقبل عنده لانه خلاف الظاهر
وهو اي الحد للمحصن بفتح الصاد وكسره اي
لمكلف مسلم وفي الذمي خلاف يأتي وطئ امرأة
قبل الزنا بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان اي
قبل هذه الوطي والجملة حالية حتى لو وطئ بنكاح
صحيح وهو بصفة الاحصان كافرة او مملوكة
او مجنونة او صبية او وهو بغير صفة الاحصان
مسلمة حرة بالغة عاقلة لا يكون محصنا فقوله
هو للمحصن مبتدأ خبره قوله رجمه في فضاء
حتى يموت اما الحرية فلان الاحصان يطلق عليها
قال تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف
ما على المحصنات من العذاب اي ما على الحرائر
باجماع الامة وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا
ان ينكح المحصنات اي الحرائر ولانها تمكنه
من النكاح الصحيح المغني عن الزنا بخلاف الامة
واما التكليف فلان العقل والبلوغ يشترط
لاهلية العقوبات كلها واما التزوج بنكاح صحيح

فلان الاحصان يطلق عليه قال تعالى والمحصنات
من النساء اي والمنكوحات وقال فاذا احصن اي تزوجن
ولانه به التمكن من الوطي الحلال واما الوطي فلقوله
عليه السلام الثيب بالثيب الحديث والثيوبة لا تقتصر
بغير وطي ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته فيستغني
عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة بحيث يجب الغسل
ولا يشترط الانزال ويشترط ان يكون بنكاح صحيح
لان الجماع في النكاح الفاسد لا يصير به محصنا لانه
نوع من الوطي الحرام فلا يتم النعمة به ويثبت
الاحصان برجل وامراتين عندنا وما قصرنا ثبوت
الاحصان على شهادة الرجال كمالك وزفر وانما كان
حد المحصن الرجم لما في شهادة الرجال حديث
جابر المتقدم انه عليه السلام سال ماعزا هل
احصنت قال نعم فامر برجمه ولما روى الشيخان
من حديث ابن عباس ان عمر بن الخطاب خطب
فقال ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق
وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية الرجم
فقراناها ووعيناها ورجم رسول الله ورجمنا من
بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول
قايل ما نجد اية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك
فريضة انزلها الله فالرجم حق على من زنى من الرجال
والنساء اذا كان محصنا ان قامت البينة او كان
حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد
عمر في كتاب الله عز وجل لكتبتها وخالف الشافعي
في اشتراط الاسلام في الاحصان وهو رواية عن ابي

يوسف

يوسف لما في الكتب الستة مختصرا ومطولا من حديث
ابن عمر ان اليهود جاءوا الى النبي صلى الله عليه
وسلم ما تجدون في التوراة فذكروا له ان رجلا منهم
وامراة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم ما تجدون في التوراة في شان الرجم قالوا نفضحهم
ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها
الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم يده
على اية الرجم وجعل يقرا ما قبلها وما بعدها فقال
عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم
فقالوا صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله
صلى الله عليه وسلم فرجما ولنا ما روى ابن اسحاق
ابن راهويه من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن
قال اسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريق اسحاق ابن
راهويه رواه الدارقطني في سننه ثم قال لم يرفعه
غير اسحاق والصواب انه موقوف وفي رواية اخرى
عنه لا يحصن الشرك بالله شيا وروى ابن ابي شيبة
في مصنفه انه عليه السلام قال لكعب بن مالك لما
اراد ان يتزوج يهودية لا تتزوجها فانها لا تحصنك
والجواب عن رجمه صلى الله عليه وسلم لليهوديين
انه كان بحكم التوراة والكلام فيه بحكم الاسلام
يبدا به اي بالرجم شهوده لان الشاهد قد يتجاسر
على اداء الشهادة كاذبا ثم اذا آل امره الى القتل
يمتنع منه فكان في بدايتهم احتيالا للدرء واد

الحد ونحن امرنا به لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود
عن المسلمين ما استطعتم رواه ابو يعلى الموصلي وفي
سنن ابن ماجة ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا
وفي سنن الترمذي ادرؤا الحدود عن المسلمين
ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام
ان يخطئ في العفو خير له من ان يخطئ في العقوبة
وقال مالك والشافعي واحمد وابو يوسف في رواية لا يشترط
بداية الشهود لكن يستحب حضورهم وبدايتهم
فانهم اعتبارا بالجلد واجيب بان كل احد لا يحسن
الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا
كذلك الرجم فانه اتلاف فان ابوا اي الشهود
كلهم او بعضهم من البداءة بالرجم او غابوا او ماتوا
سقط الرجم بفوات الشرط وهو بداية الشهود
لكن لا يقام الحد عليهم لانهم ثابتون على الشهادة
وانما امتنعوا عن مباشرة القتل وذلك لا يكون
رجوعا فان الانسان قد يمتنع عن القتل حقا كذا
في المبسوط ثم الامام ان حضر فانه لا ينبغي التقدم
الا باذنه ثم الناس فانه يستحب للامام ان يامر
جماعة المسلمين ان يحضروا اقامة الحد من الرجم
والجلد لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة
من المؤمنين وعن ابن عباس يكفي واحد وبه قال
احمد وقال عطاء واسحاق اثنان وقال الزهري
ثلاثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي
ومالك اربعة وفي الايضاح لا باس لكل من رمى ان
يتعمد القتل لانه المقصود من الرجم الا اذا كان

المرجوم

المرجوم محرما من الراجم فانه يستحب ان لا يتعمد قتله
وفي المقر اي رجمه يبدأ الامام بالرجم ثم الناس
وقال مالك والشافعي واحمد لا يشترط بداءة الامام ولكن
يستحب ولنا ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عبد
الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي
ليلى ان عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا
امر الشهود ان يرجموا ثم رجم الناس واذا كان باقرار
بدا هو فرجم ثم رجم الناس وروى ايضا عن ابي
خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد
الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن علي انه قال في امرأة
رجمها ايها الناس ان الزنا زنا ان زنا سر وزنا علانية
فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي
ثم الامام وزنا العلانية ان يظهر الحبل والاعتراف فيكون
الامام اول من يرمي قال وفي يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب
صماخها فاستدارت ورمى الناس وفي سنن ابي داود من حديث
ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم امراة فحفر
لها الى الثندوة قال ابو داود وحديث عن عبد الصمد ابن
عبد الوارث باسناده نحوه وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة
وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها فصلى عليها
وفي سنن البيهقي عن الاجلح قال جئ بشراحة الهمدانية الى
علي بن ابي طالب فقال لها لعل رجلا وقع عليك وانت نائمة
قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال زوجك من
هؤلاء فانت تكتمينه يلقنها لعلها تقول نعم فامر بها فحبست
فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس فضربها مائة
وحفر لها يوم الجمعة في الرحبة واحاط الناس واخذوا الحجارة

فقال ليس هكذا الرجم اذا يصيب بعضكم بعضا صفوا صف
الصلاة صفا خلف صف ثم قال ايها الناس ايما امراة جيء بها
وبها حبل او اعترفت فالامام اول من يرجم ثم الناس ثم
رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم قال افعلوا بها ما تفعلون
بموتاكم رواه احمد في مسنده عن يحيى بن سعيد عن
مجالد عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غايب بالشام
وانها حملت فجاء بها مولاها الى علي فقال ان هذه زنت
فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر
لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه
احد لكان اول من يرميها الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته
حجره ولكنها اقرت فانا اول من يرميها فرماها بحجر ثم رمى
الناس وانا فيهم قال فكنت والله فيمن قتلها **وغسل المرجوم**
وكفن وصلي عليه لما روى ابن ابي شيبة في مصنفه في
كتاب الجنائز عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة ابن
مرثد عن ابن بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا
يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم
من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه وروى الجماعة
الا البخاري من حديث عمران بن حصين ان امراة من
جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا
فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي فدعا النبي
صلى الله عليه وسلم وليها فقال احسن اليها فاذا
وضعت فاتني بها ففعل فامر بها النبي صلى الله عليه
وسلم فشدت عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم صلى
عليها فقال له تصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال

لقد

تابت توبة لو قسمت بين سبعين من اهل المدينة لوسعتهم
وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله م
ولانه قتل بحق فصار كالمقتول بالقصاص **ولغير**
المحصن عطف على للمحصن اي وحد الزنا لغير المحصن
جلده مائة وسطا اي ضربا متوسطا غير جارح **بسوط**
لا ثمرة له قيل الثمرة العقدة وقيل العذبة وقيل وهي
ذنبه وهو الاصح لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة
ضربتين كذا في الايضاح والاظهر ان كلاهما ممنوع لما
سياتي والدليل على انه يتعين لغير المحصن الجلد قوله
تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة وقد نسخت في حق المحصن ما سوى فيبقيت
في حق غيره ولعل تقديم الزانية لانها لو لم تطمعه لم يطمع
وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عيسى بن يونس
عن حنظلة السدوسي قال سمعت انس بن مالك يقول
كان يومر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين
حتى يلين ثم يضرب به قلنا لانس في زمان من كان هذا
قال في زمان عمر بن الخطاب وفيه وفي مصنف عبد
الرزاق عن ابن مسعود ان رجلا جاء بابن اخ له اليه فقال
له انه سكران فقال ترتروه ومزمزوه اي حركوه
واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم جاء من الغد
ودعا بسوط ثم امر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت
درة ثم قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه
وفي مصنفيهما وموطا ابي مصعب عن مالك عن زيد
ابن اسلم ان رجلا اعترف على نفسه بالزنا فدعا له رسول
الله صلى الله عليه وسلم بسوط فاتي بسوط مكسور

فقال فوق هذا فاتي بسوط جديد لم يقطع ثمرته فقال بين هذين فاتي بسوط قد ركب به ولان فامر به فجلد ثم قال ايها الناس قد آن لكم ان تنتهوا عن حدود الله فمن اصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فانه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله **وتنزع ثيابه** لان المقصود ايصال الالم اليه وهو بنزع الثياب اتم وبه قال مالك ويؤيده انه عبر عن الضربة بالجلدة للايماء الى ايصالها بالجلدة نظرا الى اصل المادة وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد **الا الازار** فانه لا ينزع لان في نزعه كشف عورته وقول صاحب الهداية لان عليا كان يامر بالتجريد في الحدود غريب بل في مصنف عبد الرزاق عن علي انه اتي برجل في حد فضربه وعليه كساء له قسطلاني قاعدا وفيه ايضا عن الشعبي قال سالت المغيرة بن شعبة عن المحدود اتنزع ثيابه عنه قال لا الا ان يكون فروا او محشوا وفيه ايضا عن ابن مسعود قال لا يحل في هذه الامة التجريد ولا مد ولا غل **ويفرق الجلد على بدنه** لان جمعه في عضو واحد قد يفضي الى التلف والجلد زاجر لا متلف **الا راسه** لئلا يؤدي الى زوال سمعه او بصره او شمه **والا وجهه** وفرجه ومقاتله لئلا يؤدي الى هلاكه لما روى ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما عن علي انه اتي برجل سكران او في حد فقال للجلاد اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير ولعموم ما روى الشيخان عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله

عليه

عليه وسلم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وقال ابو يوسف ايضا يضرب الراس سوطا لما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر اتي برجل انتفى من ابيه فقال ابو بكر للجلاد اضرب الراس فان الشيطان في الراس واجيب بان المسعودي ضعيف ولكن يقويه ما في مسند الدارمي عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسال عن متشابه القران فارسل اليه عمر وقد اعد له عراجين النخل فاتى به فقال له من انت قال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على راسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى ادمى راسه فقال يا امير المؤمنين حسبك قد ذهب الذي كنت اجد في راسي وفي الذخيرة عن ابي يوسف لا يضرب البطن ولا الصدر لانه مهلك واختاره بعض المشايخ **قائما** في كل حد لان مبنى الحدود على التشهير لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والقيام ابلغ فيها **بلا مد** اي من غير ان يلقى على الارض ويمد رجلاه وقيل معناه من غير ان يمد الضارب يده فوق راسه وقيل من غير ان يمد السوط على العضو عند الضرب ويجره وبلا ربط ايضا ولا امساك الا ان يعجزهم لان ذلك كله زيادة على المستحق عليه وهو الحد **وللعبد** الاولى وللمملوك نصفها اي النصف المائة جلدة لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف او لعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية واذا ثبت التنصيف في الاماء للرق ثبت

في العبيد ولانه اذا انتفى الوارد في احد المسلمين وارد في الاخر ولا يحد سيده عبده وامته بلا اذن الامام وقال مالك والشافعي واحمد له ان يحد لقوله عليه السلام كما في الصحيحين من حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها بضفير قال ابن شهاب لا ادري ابعد الثالثة او الرابعة والضفير الحبل وفي رواية اذا زنت امة احدكم فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب عليها ثم اذا زنت فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب عليها ثم اذا زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بضفير اي ولو بحبل من شعر كما في رواية ومعنى لا يثرب عليها لا يعيرها وقيل لا يبالغ في جلدها بحيث يدميها ولنا ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن الحسن انه قال اربعة الى السلطان الصلاة والزكاة والحدود والقضاء وروى ايضا عن عبد الله بن محيريز انه قال الجمعة والحدود والزكوة والفيء الى السلطان وروى ايضا عن عطا الخراساني انه قال الى السلطان الزكوة والجمعة والحدود وعن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا او مرفوعا ضمنه الامام اربعة وفي رواية اربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء واما التعزير فانه من حقوق الملك والغرض منه التاديب وهو سبب زيادة ماليته فيكون للمولى كادب الدواب ومعنى قوله عليه السلام فليجلدها فليكن سببا لجلدها بالمرافعة الى الامام او نائبه ولا ينزع ثيابها لان في نزعها كشف عورتها

الا الفرو

الا الفرو والحشو وهو الثوب الذي حشي بين بطانته وظهارته بالقطن لانهما يمنعان وصول الالم وسترها يحصل بدونهما وتحد اي تضرب المرأة جالسة لانه استر لها وجاز الحفر لها اي للمرأة في الرجم وهو احسن لما فيه من الستر ولما في حديث الترمذي انه عليه السلام رجم امرأة فحفر لها الى الثندوة ولما في مسلم من رواية بريدة في حديث الغامدية ثم امر بها فحفر لها الى صدرها ثم امر الناس فرجموها لا له اي لا يجوز الحفر للرجل في الرجم لما في صحيح مسلم من حديث ابي سعيد الخدري قال لما امر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ماعز بن مالك خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا فرميناه بالعظام والمدر والخزف فاشتد فاشتددنا خلفه حتى اتى عرض الحرة فانتصب لنا فرميناه بجلاميد الحرة حتى سكت كذا ذكروه لكن تقدم ما في صحيح مسلم عن بريدة انه عليه السلام بعد اعتراف ماعز امر فحفر له حفرة فجعل فيها الى صدره ثم امر الناس فرجموه فاذا تعارض الحديثان وهما صحيحان دل على جواز كل من الحفر وعدمه له ولا جمع في المحصن بين جلد ورجم وهو قول مالك والشافعي واحمد في رواية وقال في رواية اخرى يجمع وهو قول داود واختاره ابن المنذر من الشافعية لما روى مسلم من حديث عبادة ابن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم

وتقدم ما روى البيهقي في سننه عن علي انه جمع بين الجلد
والرجم ولنا ما تقدم من حديث ماعز والغامدية ان النبي
صلى الله عليه وسلم رجمهما ولم يجلدهما وحديث انس
ان النبي صلى الله عليه وسلم امر برجم المراة ولم يامر بجلدها
ولو كان الجمع حدا لما تركه ولانه لا فايدة في الجلد مع الرجم
لان الحد شرع زاجرا وزجره بالجلد لا يتاتى مع رجمه
وزجر غيره يحصل برجمه اذ هو ابلغ العقوبات الواردة
وفي الزايدة ولا يدع الفايدة ولذا لو تكرر من شخص ما يوجب
الحد يكتفى بحد واحد لعدم الفايدة في الباقي لان المقصود
وهو الزجر يحصل بالاول واجيب عن حديث عبادة
بجوابين احدهما انه منسوخ قال الحازمي في كتابه روى
حديث ماعز جماعة كسهل ابن سعد وابن عباس ونفر
تاخر اسلامهم وحديث عبادة كان في اول الامر وبين
الزمانين مدة وقال المنذري في مختصره ذهب الى الجمع
بين الجلد والرجم علي وابن مسعود والحسن وقال
ابو بكر وعمر والزهري والنخعي وابو حنيفة ومالك
والشافعي والاوزاعي وسفيان ان الثيب عليه الرجم
دون الجلد وراوا حديث عبادة منسوخا وتمسكوا باحاديث
تدل على النسخ منها حديث العسيف اخرجه البخاري
عن ابي هريرة وفيه فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها
وهذا الحديث اخر الامرين لان رواية ابي هريرة وهو متاخر
الاسلام ولم يتعرض للجلد فيه وثانيهما ان معناه الثيب
بالثيب جلد ماية ان كانا غير محصنين والرجم ان كانا
محصنين والواو فيها نظيرتها في قوله تعالى اولي اجنحة
مثنى وثلاث ورباع وما رواه من ان النبي صلى الله عليه

وسلم

وسلم جمع بين الجلد والرجم في رجل محمول على انه عليه
السلام لم يعلم باحصانه فجلده ثم علم باحصانه فرجمه
يدل على ذلك ما اخرجه ابو داود والنسائي عن
ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن ابي الزبير
عن جابر ان رجلا زنى فامر به النبي صلى الله
عليه وسلم فجلد ثم اخبر انه قد كان احصن فامر
به فرجم **ولا جلد** اي ولا جمع في غير المحصن بين جلد
ونفي الا سياسة وتعزيرا لا حدا وقال الشافعي
ومالك واحمد والثوري والاوزاعي يجمع بينهما
حدا وقال مالك يجمع بينهما في الرجل دون المراة وفي
الحر دون العبد ومن نفي حبس في الموضع الذي
ينفى اليه وقال الشافعي واحمد ينفى العبد نصف
سنة لهم ما روى البخاري من حديث زيد بن خالد
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امر فيمن زنى ولم
يحصن بجلد ماية وتغريب عام قال ابن شهاب
واخبرني عروة بن الزبير ان عمر بن الخطاب غرب
ثم لم تزل تلك السنة وروي ايضا من حديث
ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيمن
زنى ولم يحصن بنفي عام وباقامة الحد عليه وما
روى الترمذي من حديث نافع عن ابن عمر ان
النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وان ابا بكر
ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب ولنا قوله
تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما
ماية جلدة من غير تعرض للتغريب فلا يكون
من موجب الزنا وان في التغريب تعريض المراة

للزنا لانها لما تباعدت عن الاقارب قبل حياوها
من الاجانب فربما اتخذت الزنا من المكاسب ولان سفر
المراة بغير محرم حرام ولا زنت للمحرم حتى ينفي معها
ولا ينفى عن المهاجرة من دار الحرب لانها لا تقصد
سفرا وانما تطلب الخلاص حذرا حتى لو وصلت الى
جيش من المسلمين لهم منعة لا يجوز لها ان تخرج من
عندهم ونسا فر وكذا في العبد والامة حق المولى في
الخدمة وهو مقدم على حق الشرع فلا يفصل بينهما
وبين مولاهما وما رووه كان بطريق السياسة دون
الحد لما روى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن
الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر ربيعة بن امية
ابن خلف في الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر
فقال عمر لا اغرب بعده مسلما وروى ايضا عن ابي
حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي
قال قال ابن مسعود في البكر تزني بالبكر يجلدان مائة
وينفيان سنة قال وقال علي حسبهما من الفتنة
ان ينفيا ورواه ايضا بهذا السند محمد بن حسن
في الاثار فاخذنا بقول علي كرم الله وجهه لانه
اقرب الى دفع الفتنة ودفع الفساد والله رؤف
بالعباد **ويرجم المريض** لان الرجم متلف فلا يتاخر
بسبب المرض **ولا يجلد الا بعد البرء** لئلا يفضي به
الجلد الى التلف وهو انما شرع زاجرا لا متلفا ولذا
لا يقام حد الجلد في شدة الحر ولا في شدة البرد
ولو كان من وجب عليه ضعيفا لا يرجى برؤه وخيف
عليه هلاكه يجلد جلدا خفيفا بقدر ما يحتمله

وترجم الحامل بعد الوضع لان جنينها لا يستحق الرجم
لعدم الجناية منه وتحبس حتى تجلد ان ثبت زناها
بالشهادة ولا تحبس ان ثبت بالاقرار وعن ابي
حنيفة ان الرجم يؤخر الى ان يستغني ولدها
عنها اذا لم يكن له احد يربيه روى مسلم عن بريدة
قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله اني
زنيت فطهرني وانه ردها فلما كان الغد قالت
يا رسول الله فكيف تطمئنه لعلك تريد ان تردني كما
رددت ماعزا فوالله اني لحبلى اما لا فاذهبي حتى
تلدي فلما ولدته اتته بالصبي في يده كسرة خبز
فقالت هذا يا رسول الله قد فطمته وقد اكل
الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر
بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها
ورواه ايضا عن علقمة بن مرثد عن سليمان ابن
بريدة عن ابيه الا انه قال لها اذهبي حتى تضعي
ما في بطنك فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت
ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت
الغامدية قال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس
له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه
يا رسول الله فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين
وضعت والاول يقتضي انه تركها حتى فطمت ولدها
ويقوي الثاني ما اخرجه مسلم من رواية عمران
ابن حصين وفيه انه عليه السلام رجمها
بعد ان وضعته وقال بعضهم يحتمل ان يكونا امراتين
احديهما وجد لولدها كفيل والاخرى لم يوجد له كفيل

فرجب امهالها حتى يستغني ولدها ويجلد الحامل
بعد النفاس لانه نوع مرض فينتظر البرء منه
بخلاف الرجم لان التاخير فيه لاجل الولد وقد انفصل
ويحد الحر بالشبهة في الفعل اي ظن غير الدليل دليلا
ويسمى شبهة اشتباه اي شبهة في حق من حصل
له اشتباه وانما يدرا الحد بالشبهة لما قدمناه مرفوعا
ولما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه عن عمر بن الخطاب
قال لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها
بالشبهات وروي ايضا عن معاذ وعبد الله ابن
مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا اذا اشتبه
عليك الحد فادراه **كامة ابويه** وان علوا **وامة**
زوجته لان اتصال الاملاك بين الاصول والفروع
مظنة اعتقاد حل الفرع وطئ امة الاصل ولان
الزوج يعد غنيا بمال زوجته قال تعالى ووجدك
عائلا فاغنى اي بمال خديجة فاورث ذلك شبهة
كون مال الزوجة مال للزوج وتكون شبهة
الفعل في مطلقته ثلاثا وهي في العدة وفي ام ولده
باين بالطلاق مال وهي في العدة وفي ام ولد اعتقها
مولاها في العدة وفي جارية المولى في حق عبده وفي
الجارية المرهونة في حق المرتهن وبه قال الشافعي
في قول وقال في قول لا يسقط الرهن عن المرتهن
وبه قال احمد **فلا يحد الواطئ** في هذه الصور **ان ظن**
انها اي الموطوءة **تحل** فيقيد به لانه لو قال ظننت
انها لا تحل لي يحد لان الحل خال عن الملك وحقه
فكان زنى حقيقة وانما يسقط الحد لظني راجع

اليه

اليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه
وان ادعاه وحكم زفر بحده لانه وطئ حرام في غير الملك ج
شبهة ولا اعتبار للتاويل الفاسد **ويدرا** الحد
بالشبهة **في المحل اي بقيام دليل ناف للحرمة**
ذاتا والمعنى انا لو نظرنا الى الدليل مع قطع النظر
عن المانع يكون نافيا للحرمة **كامة ابنه** يعني وان
سفل والاولى كامة ولده ولا الدليل النافي للحرمة
فيها ما رواه ابن ماجة باسناد قال ابن القطان
صحيح وقال المنذري رجاله ثقات من حديث
جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان
ابي يريد ان يجتاح مالي فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك **ومعتدة**
الكنايات والدليل فيها قول عمر وابن مسعود
واضرابهم ان الواقع بالكنايات رجعي واصله ما في
اثار محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد
عن ابراهيم النخعي ان عمر ابن الخطاب وعبد الله
ابن مسعود كانا يقولان في المراة اذا خيرها زوجها
فاختارته فهي امراته وان اختارت نفسها فهي
تطليقة وزوجها املك بها وفي مصنف عبد الرزاق
عن الشعبي انهما قالا ان اختارت زوجها فلا باس
وان اختارت نفسها فهي واحدة وله عليها
الرجعة وفيه ايضا اخبرنا الثوري عن حماد عن
ابراهيم عن عمر في الخلية والبرية والبتة والبائنة
هي واحدة وهو احق بها قال وقال علي هي ثلاث وقال
شريح له ما نوى وفيه ايضا عن زيد بن ثابت انه قال

في رجل قال جعل امر امراته بيدها فطلقت نفسها
ثلاثا قال هي واحدة وعن جابر بن عبد الله اذا خير
الرجل امراته فاختارت نفسها فواحدة وهي في اثار محمد
ابن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم
النخعي ان زيد ابن ثابت كان يقول اذا اختارت
زوجها فلا شي وهي امراته وان اختارت نفسها فهي
ثلاثة وهي حرام عليه حتى تنكح زوجا غيره وكان علي
ابن ابي طالب يقول اذا اختارت زوجها فهي واحدة
والزوج املك بها واذا اختارت نفسها فهي واحدة
وهي املك بنفسها **والمبيعة قبل التسليم** والدليل فيها
كونها في يد البائع بحيث لو هلكت انتقض البيع فان
ذلك دليل الملك وبكون شبهة المحل في الجارية
المشتركة بينه وبين غيره لوجود ملكه في بعضها
فلا يجد وان اقر بالحرمة لان الشبهة اذا كانت في المحل
يثبت فيه الملك من وجه فلم يبق اسم الزنا فيمتنع
الحد على التقادير كلها ويثبت النسب ان ادعاه
لان النسب يعتمد تمام الملك والحق في المحل **وحد**
بوطي امة اخيه وعمه وكل محرم فلا يستند ظنه الى دليل
غير الولاد ولو قال ظننت انها تحل لانه لا انبساط في
مقعلا في مالهم فلا يستند ظنه الى دليل فانه قيل بانه
لو يسرق من بيت هولاء لا يقطع اجيب بان الحرز لم
يتحقق في حقه لدخوله في بيتهم بلا استيذان والقطع
دائر مع هتك الحرز ولم يوجد والحد دائر مع الزنى
وقد وجد ويندري بالحل او شبهته ولم يوجد الا ترى
ان الضيف اذا سرق من المضيف لا يقطع واذا زنى به

جارية

جارية يجد **ويوطي اجنبية وجدها في فراشه** وان
قال ظننت انها امراتي لان ظنه لم يستند الى دليل لان
امراته لا تشتبه عليه بعد طول الصحبة وقد ينام في
فراشها غيرها من المحارم والمعارف وقال الشافعي هو
واحد لا يحد عليه ان ظن انها امراته او امته قياسا على
من زفت اليه وعلى من شرب شرابا على ظن انه ليس
بخمر حيث لا يحد واجيب بالفرق بانه لا يميز بين
المراة وغيرها في اول وهلة ولا بين الخمر وغيرها
الا بالشرب **وان هو** اي وان كان الذي وجدها
على فراشه **اعمى** لانه يقدر على التميز بالسوال او بغيره
من الحركات والهيئات فكان كالبصير الا اذا دعاها زوجته
فاجابته اجنبية اذ قالت او زوجتك او قالت انا
فلانة باسم امراته فوطيها فانه لا يجد لانه ظنه استند
الى دليل شرعي وهو اخبار ولو اجابته ولم يقل انا
زوجتك ولا انا فلانة يحد لعدم ما يوجب السقوط
لا ان زفت اي لا يحد لو وطي اجنبية بعثت اليه
وقيل اي النسوة التي معها هي زوجتك وكان تزوج
امراة ولم يدخل بها يعد لانه اعتمد دليلا شرعيا في
موضع الاشتباه وهو الاخبار اذ المرء لا يميز بين زوجته
وغيرها في اول وهلة وعليه مهرها وعليها العدة
ويثبت نسب ولدها منه وقد سيل ابو حنيفة عن
اخوين تزوجا اختين فزفت كل واحدة منهما الى زوج
اختها فقال ليطلق كل واحد منهما المهر على كل
واحدة العدة فاذا انقضت عدتها دخل بها زوجها فقال
ابو حنيفة ما قلت احسن ارايت لو صبر كل واحد

منهما حتى تمضي العدة اما لو كان يبقى في قلب كل منهما
شيء لدخول اجنبي بامراته واذا اطلق كل زوجته قبل الدخول
والخلوة لا يجب العدة واذا اطلق بعد ذلك فقد تمادى من دخل
بها لا يمنعه من نكاحها ولم يبق في قلب كل منهما شيء **ولا
يحد الخليفة** وهو الامام الذي ليس فوقه امام لا في
زنا ولا في شرب ولا في قذف لان الحدود حق الله تعالى
وهو نائبه والمقيم لها فلا يمكنه ان يقيمها على نفسه
لانها لا تنفع مولمة فلا يكون زاجرة والمقصود من الحدود
والزجر وكذا الوالي من غيره بان امتنعا عليه لا ينفع مولمة
لانه يهابه والنظر الى انه يرجم والله اعلم **ويقتص منه
ويؤخذ بالمال** لان القصاص والاموال من حقوق
العباد فيستوفيهما صاحبه بنفسه او باستعانة
بالمسلمين ولا يشترط فيهما القضاء بخلاف حد القذف
فان المغلب فيه حق الشرع عندنا وحق العبد عند
الشافعي فحكمه حكم ما هو الشرع خالصا ثم اعلم
انه لا يحد بزنى في دار حرب او بغي عندنا وعند مالك
والشافعي يحد لاطلاق الايات الواردة في الحد
وحد الزنا وقطع السرقة وجلد القاذف ولقوله
عليه السلام اقيموا حدود الله في السفر والحضر
على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم
رواه ابو داود في المراسيل قال وقد رواه باسناد موصول
في السنن ولنا ما روى محمد في كتاب السير الكبير عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق في
دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا
فانه لا يقام عليه الحد وما روى البيهقي عن الشافعي

قال

قال قال ابو يوسف حدثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن
زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة ان
يلحق اهلها بالعدو قال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور
ابن يزيد عن حكيم بن عمران عمر بن الخطاب كتب الى عمير
ابن سعد الانصاري والى عماله ان يقيموا حدا على المسلمين
في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة وروى
الامير بن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابن المبارك عن ابي
بكر ابن ابي مريم عن حكيم ابن عمير وزاد لئلا تحمله حمية
الشيطان ان يلحق بالكفار وفيه ايضا حدثنا ابن
المبارك عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن حميد
ابن عقبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على
احد حد في ارض العدو وفي سنن ابي داود والترمذي
والنسائي عن بسر ابن ارطاة قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر
ولفظ الترمذي في الغزو وقال هذا حديث غريب والعمل
به عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام
الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام
عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الحرب سلام
اقام عليه الحد ونفينا الحد عن مكلفة زنى بها غير مكلف
فلا تحد عندنا واثبته زفر ومالك والشافعي وهو رواية
عن ابي يوسف وحد لو كان الامر بعكسه بان زنى مكلف
بغير مكلفة وهذا بالاجماع الامة وواطئ محرمة بعقد
العقد عليها والعلم بالحرمة يعزر عند ابي حنيفة وحكما
بالحد كمالك والشافعي وقال صاحب الاسرار كلامهما
اوضح ابه بهواحج وواطئ مستاجرته للزنى بها يعزر عند

عند ابي حنيفة وحكما بالحد كمالك والشافعي واللائط يعزر
عند ابي حنيفة ويسجن حتى يموت او يتوب وصار كما
لو اتى امراته في الموضع المكروه منها او اتى عبده او بهيمة
واجنبية في غير السبيلين منها وحكما بالحد كمالك
والشافعي لما في معجم الطبراني عن جابر قال سمعت
سالم بن عبد الله وابان بن عثمان وزيد بن حسن يذكرون
ان عثمان اتي برجل قد فجر بغلام من قريش يعرف
السنه فقال عثمان ويحكم ابي الشهود احصن فالوا تزوج
امراة ولم يدخل بها بعد فقال علي لعثمان لو دخل بها لحد
عليه الرجم فاما اذا لم يدخل فاجلده الحد فقال ابو
ايوب اشهد اني سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول الذي ذكر ابو الحسن فامر به عثمان
فجلد مائة وما اخرجه البيهقي عن عطا ابن ابي رباح
قال اتي ابن الزبير بسبعة في لواطة اربعة منهم قد
احصنوا وثلاثة لم يحصنوا فامر بالاربعة فرضخوا
بالحجارة وامر بالثلاثة فضربوا الحد وابن عباس وابن
عمر في المسجد واما ما رواه ابو داود والترمذي من قوله
عليه السلام من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا
الفاعل والمفعول به وفي لفظ فارجموا الاعلى والاسفل
محمول على هذا المقيد وفي قول لمالك والشافعي
يرجمان بكل حال ولانه في معنى الزنى بل افحش ولابي
حنيفة انه ليس بزنى فلا يثبت فيه حده وذلك
لان الصحابة قد اختلفوا في موجبه فمنهم من اوجب
التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار
ومنهم من قال ينكس من مكان مرتفع مع اتباع

الاحجار

الاحجار ولو كان زنى لما اختلفوا كذا ذكره بعض
المحققين ثم ذكر ما نقل عن الصحابة فمنها روي
البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا
بسنده ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه
وجد رجلا في بعض العرب ينكح كما تنكح المراة فجمع
ابو بكر الصحابة فسالهم فكان اشدهم في ذلك قولا
علي قال ذنب لم تعص به الا امة واحدة صنع الله
بها ما قد علمتم نرى ان نحرقه بالنار فاجتمع راي الصحا بة
على ذلك وروى الواقدي في كتاب الردة بسنده
قال كتب خالد الى ابي بكر الصديق اخبرك اني اتيت
برجل قامت عندي البينة انه توطأ في دبره كما توطأ
المراة فدعا المراة ابو بكر الصحابة واستشارهم فيه
فقال له عمر وعلي احرقه بالنار فان العرب تانف انفا
لا تانفه احد غيرهم وقال غيرهما اجلدوه فكتب ابو بكر
الى خالد ان احرقه بالنار فحرقه وروى ابن ابي شيبة
في مصنفه عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد
اللوطي قال ينظر اعلى ما في القرية فيرمى منه منكسا ثم
يتبع بالحجارة وكانه ما اخذ هذا ان قوم لوط هلكوا بذلك
حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدم
بهم وهم نازلون انتهى والظاهر ان عذابهم كان مركبا
من التنكيس وامطار الحجارة عليهم ثم ان اريد من
التعزير ما ذكر في بابه فلا شك انه ليس قول احد من
الصحابة وانما هو احداث قول اخر وانه لا يجوز فيتعين
ما قال صدر الشريعة ان عند ابي حنيفة يعزر بامثال
هذه الامور والله اعلم **فصل** في حد القذف وهو

لغة الرمي ومنه قوله تعالى بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه
وشرعا الرمي بالزنى على جهة الطعن فيه وهو من
الكبائر اجماعا ولقوله تعالى ان الذين يرمون المحصنات
الغافلات المومنات لعنوا في الدنيا والاخرة ولهم
عذاب عظيم ولقوله عليه السلام كما في الصحيحين
وغيرهما اجتنبوا السبع الموبقات اي المهلكات
قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر
وقتل النفس التي حرم الله واكل الربوا واكل اليتيم
والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات
المومنات من قذف وهو مكلف حرا وعبد محصنا
اي حرا وعن داود انه يحد قاذف العبد مكلفا وعن
احمد في رواية لا يشترط البلوغ بل يشترط ان يكون
يجب يجامع مثلها وعن ابن المسيب وابن ابي ليلى
يحد قاذف الذمية التي لها ولد مسلم عفيفا عن الزنا
اي معروفا بكف نفسه عنه غير متهم به لان غير
العفيف لا يلحقه شين بالقذف وكذا قاذفه
قاذف فيه بصريحه اي تصريح اي لسان كان
من عربي وفارسي ونبطي وهو متعلق بقذف
واحترز بجعله لو قذف بلفظ الجماع او المباضعة
حراما او بالتعريض بان قال لرجل ما انا بزان او
ما امي بزانية فانه لا يحد عندنا وبه قال سفيان
وابن شبرمة والحسن بن صالح والشافعي واحمد
في رواية وقال مالك واحمد في رواية يحد لما روى
مالك في الموطا عن ابي الرجال محمد بن عبد الرحمن
ابن حارثة بن النعمان الانصاري عن امه عمرة

بنت

بنت عبد الرحمن ان رجلين استبا في زمن عمر بن الخطاب
فقال احدهما للاخر والله ما ابي بزان ولا امي بزانية
فاستشار في ذلك عمر بن الخطاب فقال قائل مدح
اباه وامه وقال اخرون قد كان لابيه وامه مدح غير
هذا نرى ان تجلده الحد فجلده عمر الحد ثمانين ولنا
ما رواه الشيخان من حديث ابي هريرة ان اعرابيا
قال يا رسول الله ان امراتي ولدت غلاما اسود
قال هل لك من ابل قال نعم قال ما الوانها قال حمر
قال فهل فيها من اورق اي ما في لونه بياض وسواد
قال ان فيها لورقا قال فانى اتاها ذلك قال لعله نزعه
عرق قال وكذلك هذا الولد لعله نزعه عرق وترجم
عليه البخاري باب اذا عرض بنفي الولد وزاد في لفظ
واني انكرته يعرض بانه ينفيه وما روى ابو داود
والنسائي من حديث ابن عباس قال جاء رجل الى النبي
صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان امراتي
يد لامس قال غربها بتشديد الراء المكسورة اي
ابعدها عنه يعني طلقها كما في بعض الروايات
قال اخاف ان تتبعها نفسي قال فاستمتع بها
وفي رواية فامسكها وقوله لا تمنع يد لامس كناية
عن زناها وايضا ان الله تعالى فرق بين التعريض
بالخطبة في العدة فاباحه وبين التصريح فمنعه
حيث قال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة
النساء او اكننتم في انفسكم الاية فليفرق بينهما
في القذف ايضا وانه تعالى اوجب حد القذف
بصريح الزنا فلم يكن لنا ايجابه بكنايته الحاقا لها

به دلالة لان الكناية والتلويح دون التصريح
لما فيهما من الاحتمال والله اعلم بحقائق الاحوال ثم القذف
اما بصريحه كيا زاني ويا عاهر ويا ابن الزاني يا ابن
الزانية **او بنحو لا لنفي كا لقول لست لابيك** اذا كانت
امه محصنة فيحد بالاجماع لان هذا في الحقيقة قذف
لامه فانه اذا لم يكن من ابيه كان من غيره ولا نكاح لغير
ابيه على امه فكان في نفي نسبه من ابيه قذف امه
بالزنى **او لست بابن فلان في غضبه** اي حال مشاتمة
وهو يحد في هذه المسالة والتي قبلها **وهو اي فلان**
ابوه جملة حالية **حد ثمانين سوطا** لقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا
فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنى باجماع
العلما وفي الاية اشارة اليه حيث شرط اربعة شهدا
فان ذلك من خصايص الزنا ثم النص وان ورد في
المحصنات الا ان المحصنين ايضا كذلك لان المعنى
وهو دفع العار يشملهما فكان النص متناولا لهم
دلالة وعليه الاجماع وخصصهن لان القذف في الاغلب
يقع بهن **كحد الشراب** في الكمية وهو ثمانون
سوطا وفي الثبوت وهو الاقرار وشهادة رجلين
فيحد بكون فلان اباه لانه لو كان جده لا يحد وقيد
بالغضب كما في بعض النسخ وهو الصحيح لانه
لو كان في رضا لا يحد لانه في حال الرضا يحتمل ان يراد
بهذا اللفظ المعاتبة يعني انك لا تشبه اباك
في الكرم والمروة وفي المبسوط وكذا لو قال انك
ابن فلان وهو غير ابيه في حال المشاتمة لان مقصوده

نفي

نفي نسبه من ابيه ونسبة امه الى الزنا بخلاف حالة
الرضا لان مراده ان اخلاقك تشبه اخلاق فلان فكا
انه وانما خص الحكم بلست بابن فلان لانه لو قال لست
بابن فلانة وهي امه او قال لست بابن فلان ولا بابن فلانة
وفلان ابوه وفلانة امه لا يحد لا في حالة الرضا ولا في
حالة الغضب لانه ليس فيه قذف امه لا لفظا ولا دلا
اقتضاء لان نفيه عن امه نفي الزنا لولادتها له ونفي
ولادتها له نفي للوطي عنها وفي نفي الوطي نفي الزنا
بخلاف ما اذا لم يقل ولا ابن فلانة فانه نفاه عن الوالد
فقط ودلالة الولادة ثابتة من امه كان قال انه ولد
الزنا **والطلب بقذف الميت للوالد وان علا والولد**
وولد ولده وان سفل لان العار يلحق بهؤلا لمكان
الجزئية فكان القذف متناولا لهم ويدخل في عبارته
ولد البنت وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد ليس له ان يطالبه لانه منسوب الى ابيه لا الى امه
فلا يلحقه بزنا ابي امه عار ولنا ان العار يلحقه لثبوت
النسب من الطرفين **ولو كان محروما من** الارث كولد
الولد مع الولد والولد الكافر والعبد خلافا لزفر
في الجميع وقال مالك والشافعي الطلب لوارث الميت
وهو مبني على ان الغالب فيه عنده حق العبد فيورث
وعندنا حق الله تعالى فلا يورث **ولا يطالب احد**
سيده ولا اباه وان علا **بقذف امه** ولا امه وان علت
بقذف ابيه وبه قال الشافعي واحمد ومالك في رواية
لان السيد لا يعاقب بسبب عبده والوالد لا يعاقب بسبب
ولده ولذا لا يقاد من الوالد اذا قتل ولده والامة السيد

اذا قتل عبده **ولم يورث** خلافا للشافعي **ولا عفو**
من المقذوف عن القاذف خلافا لمالك والشافعي واحمد
لكن عندنا لو عفا المقذوف لا يحد القاذف لترك الطلب
لا لصحة العفو حتى لو عاد وطلب **ولا عوض** اي اعتياض
خلافا للشافعي واحمد ولا خلاف ان في حد القذف حقين
حق الشرع وحق العبد اما حق العبد فلانه شرع
لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقذوف وهو
الذي ينتفع به على الخصوص ولذا يشترط فيه
الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويقيمه القاضي بعلمه
ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم
ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار واما حق الشرع فلانه
شرع زجرا للمعتدي ولذا لا يباح القذف بالاباحة
يستوفي حده الامام دون المقذوف ويجري فيه
التداخل حتى لو قذف واحد امراة او جماعة مرة
كان عليه حد واحد فغلب مالك والشافعي واحمد
حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما
اجتمع فيه الحقان وغلبنا حق الشرع نظرا للمقصود
منه وهو اخلاء العالم عن الفساد الذي هو حق الله
وما للعبد من الحق يتولاه مولاه ولا كذلك العكس
لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع الا بالنيابة
وانما يقدم حق العبد فيما لم يمكن الجمع بين الحقين
وهنا امكن فلا حاجة اليه وقال صدر الاسلام ابو
اليسر في مبسوطه الصحيح ان المغلب فيه حق
العبد كما قال الشافعي لان اكثر الاحكام يدل عليه
وقد نص محمد في الاصل على ان حد القذف حد العبد

كالقصاص الا انه فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي
لاقامة الجلد **وفي يا زاني فقال بل انت** وفي بعض النسخ
لا بل انت **حدا** اي البادي بالقول والمجيب له لان
كل واحد منهما قاذف اما البادي فظاهر واما المجيب
فلان معنى كلامه انت الزاني لان كلمة بل للاضراب
عن المتبوع وصرف الحكم الى التابع وقد يؤتى بلا معها
لتاكيد ذلك فيصيران قاذفا **ولعرس** اي لو قال
لامراته يا زانية فقالت بل انت او لا بل انت **حدت**
ولا لعان لانهما قاذفان وقذفها اياه يوجب حدا
وقذفه اياها يوجب اللعان فيبدا بالحد لان في
البداءة به فائدة وهي ابطال اللعان لان المحدود في
القذف ولا يلاعن وفي البداية بالملاعنة لا يبطل حدها
لان حد القذف يجري عن الملاعنة واللعان في معنى
الحد فيحتال لدرئه وفي المبسوط لو قال لامراته يا زانية
بنت الزانية صادقا قالها ولامها وقذفها يوجب
اللعان وقذف امها يوجب الحد فاذا طلبته هي وامها
بدي بالحد لما في البداية به اسقاط اللعان **وان قالت**
العرس في جواب قول زوجها يا زانية **زنيت**
بك هدرا اي بطل قولا الزوج والعرس وفي بعض
النسخ هدرا اي بطل هذا القول فلا حد ولا لعان
لانه يحتمل انها ارادت قبل النكاح فيكون تصديقا
له بانها زنت فيسقط اللعان لتصديقها اياه
ويجب عليها الحد لانها قذفته ولم يصدقها ويحتمل
انها ارادت حال النكاح اي زناي هو الذي كان
معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك ولا يحصل

في فعل الزنا وهو المراد في مثل هذه الحالة لانها غضبها
واذاها فتغضبه وتوذيه فتمسكه بقوله تعالى الزانية
لا ينكحها الا زان فلا يكون مصدقة ولا قاذفة فلا يجب
عليها الحد ويجب اللعان بقذفه لها فقد وجب كل
واحد من القذف واللعان في حال دون حال فلا يجب
واحد منهما بالشك ولقولنا قال احمد ومالك يحد لانها
قذفت زوجها بالزنا ولم يصدقها فيه وقال اشهب
الا ان يفرد قلت ذلك مجاوبة ولم ارد قذفا ولا اعلم
وفي المبسوط لو قال لاجنبية يا زانية فقالت زنيت بك
لا يحد الرجل لتصديقها اياه لان المقذوف متى صدق
القاذف سقط الحد وتحد المراة لقذفها له ولا يحد بنفيه
عن جده لانه صادق في كلامه وكذا بنسبته الى امه
او خاله او زوج امه لان كل واحد منهم اب قال تعالى
كما اخرج ابويكم قاله ورفع ابويه على العرش قالوا هي
خالته وابوه وقال عليه السلام الخال والد من لا والد له
رواه في الفردوس وقال تعالى نعبد الهك واله
ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق وكان اسماعيل
عما ليعقوب عليهم السلام ولا يحد بماء ابن السماء
لان الناس يذكرون هذا لقصد المدح فماء السماء
لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه وقت
القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء
وجودا وقد لقب بماء السماء للحسن والصفاء وبه
لقبت ام المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها
بنو ماء السماء قال زهير ولازمت الملوك من ال نصر
وبعدهم بني ماء السماء ولا يحد بقذف امراة لم يدر اب

ولدها

ولدها وما جعلنا مصدق القاذف قاذفا الا اذا زاد
على صدقت فهو كما قلت وجعله زفر قاذفا بدون
الزيادة لانه صدقه فيما قال والتصديق في القذف
قذف ولنا انه لم يصرح بنسبته الى الزنا وتصديقه
اياه محتمل لجواز ان يكون في الزنا وغيره فلا يحد
بالاحتمال بخلاف ما لو زاد فهو كما قلت فانه ليس
فيه احتمال غيره واختلاف الشاهدين في زمان
القذف او مكانه غير مانع من قبول الشهادة عند
ابي حنيفة وردها صاحباه كما لو اختلفا في قذف
بالعربية والعجمية **فصل** في حد الشرب
من اخذ بريح الخمر حالة الاخذ وان زالت رائحتها
قبل الوصول الى الحاكم لبعد الطريق او اخذ
سكران زايل العقل هذا بيان للسكران في حق
الحد وتفسيره على قول ابي حنيفة وهو من لا يعرف
الرجال من النساء ولا الارض من السماء لان الحد
عقوبة فاعتبرت النهاية في سببه احتيالا لدريه
ويؤيد ذلك قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا
الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون
حيث عبر عن الصحو بالعلم بالقول فكان السكر
الذي هو ضده عدم العلم بذلك وانما قلنا في حق
الحد لان السكر في حق الحرمة عند ابي حنيفة
اختلاط الكلام اخذا بالاحتياط في الحرمة وقال
ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد السكران مطلقا
اي في حق الحد وفي حق الحرمة هو الذي يختلط في
كلامه بحيث يصير يهذي ويختلط جده بهزله

ولا يستقر على شيء في جواب ولا خطاب قال في المبسوط
واليه مال اكثر المشايخ واختاروه للفتوى لانه
هو المتعارف والقول على كرم الله وجهه فانه اذا
شرب سكر اي اخره وعن ابي الوليد سالت ابا يوسف
عن السكران الذي عليه الحد قال ان يستقرا قل
يا ايها الكافرون فلا يقدر على قراءتها فقلت لم
عينت هذه السورة وربما اخطا في قراءتها القاضي
فقال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع في قراءتها
فلم يستطع اي قل فقرئ اعبد ما تعبدون **بحيث**
متعلق بسكران والمراد بنبيذ محرم **واقر به مرة**
وقال ابو يوسف وزفر مرتين في مجلسين **صاحيا** قيد
لان اقرار السكران بالشرب لا يعتبر لقوة احتمال الكذب
في كلامه فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهة **او شهد به رجلان**
لا رجل وامراتان **وعلم شربه طوعا** قيد بالطوع لان الشرب
اكراها او ضرورة لا يوجب الحد وانما قيد النبيذ بالمحرم
لانه الذي يحد عندنا منه كثيره وهو ما اسكر ولا يحد
من قليله وهو ما لا يسكر وبه قال النخعي وابو وايل
وقال مالك والشافعي واحمد والاوزاعي والحسن وقتادة
وعمر ابن عبد العزيز يحد في قليله وكثيره كالخمر وقال
ابو ثور من شربه متاولا فلا حد عليه لانه مختلف
فيه فاشبه النكاح بلا ولي ولنا ما روى ابن ابي شيبة
في مصنفه ان عمر بن الخطاب سايره رجل في سفر وكان
صايما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ
فشرب منها فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربت
من قربتك فقال له عمر انما جلدناك لسكرك وشرب

رجل

282

رجل من اداوه على نبيذ بصفين فسكر فضربه الحد
ثمانين وفي سنن الدارقطني عن ابن عمر ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتي برجل قد سكر من نبيذ تمر
فجلده وفي مسند ابن راهويه عنه ايضا قال اتي
النبي صلى الله عليه وسلم بسكران فضربه الحد
وقال له ما شرابك قال تمر وزبيب فقال لا تخلطوهما
جميعا يكفي احدهما من صاحبه وفي جامع المحبوبي
السكر من هذه الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة
والشعير والذرة من العسل والعرصاد وهو التوت
الاسود وغيرها حرام بالاتفاق لان السكر من البنج
حرام مع انه ماكول غير مشروب فمن المشروب اولى
وبعض المشايخ قال في زماننا الفتوى على من سكر
من البنج بوقوع طلاقه ويحد لفشو هذا الفعل من الناس
واعلم انه يحد لشرب الخمر ولو قطرة لقوله عليه
السلام من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه
الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه رواه اصحاب
السنن من حديث معاوية ولفظه من حديث
ابي هريرة اذا اسكر فاجلدوه الحديث ورواه النسائي
عن ابن عمر وجابر وبعض من اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم باللفظ الاول وروى البزار
في مسنده عن ابن اسحاق انه صلى الله عليه وسلم
اتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فامر به فضرب
فلما كان في الرابعة امر به فجلد الحد فكان نسخا
يحد اذا كان بالفاعل قلا وهذا خبر للمبتدا الذي
هو اخذ اي يحد الحر ثمانين سوطا والعبد نصفها

وبه قال مالك واحمد في رواية واختاره ابن المنذر **صاحيا**
وهو قول مالك والشافعي واحمد ليحصل المقصود من
الحد وهو الانزجار ولان عمر حد الذي شرب من قربة
بعد الاقامة كما رواه عبد الرزاق وقال الشافعي واحمد
في رواية يجلد الحر اربعين والعبد نصفها
ولو ضرب فيها بأس ذلك باطراف الثياب والنعال كفى
على الاصح عنده ولو راى الامام ان يجلده ثمانين جاز
على الاظهر وفي وجه يتعين الجلد بالسياط روى البخاري
في صحيحه من حديث السائب بن يزيد قال كنا نؤتى
بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
وامرة ابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا
ونعالنا واردينا حتى كان اخر امرة فجلد اربعين حتى
عتوا وفسقوا جلد ثمانين وروى مسلم من حديث
انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم
اتي برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين وفعله
ابو بكر وفيه عن انس ايضا ان النبي صلى الله عليه
وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر
اربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى
قال ما ترون في جلد الخمر فقال لعلي بن ابي عبد
الرحمن بن عوف ارى ان تجعله ثمانين كاخف الحدود
قال فجلد عمر ثمانين وروى مالك في الموطا عن ثور
ابن يزيد الديلي عن عمر بن الخطاب انه استشار في
الخمر فقال له علي بن ابي طالب نرى ان تجلده ثمانين
فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى
افترى وعلى المفتري ثمانون فانه ما جعله حد الفرية

فجلد

فجلد عمر في الخمر ثمانين وفي مصنف عبد الرزاق اخبرنا
سفيان الثوري عن عون عن الحسن ان النبي صلى
الله عليه وسلم ضرب في الخمر ثمانين **لا بمجرد**
الريح اي لا يحد من لم يوجد منه الا ريح الخمر او لم
يوجد منه **الا التقيؤ** اي تقيؤ الخمر لاحتمال انه شربها
مكرها او مضطرا ولم يوجد منه **الا السكر** لاحتمال
انه سكر من مباح وقال مالك وهو رواية عن احمد يحد
من وجد منه رائحة الخمر لان رائحتها منه تدل على شربها
فصار كاقراره بالشرب واجيب بان رائحتها وان دلت
على شربها الا انه يحتمل ان يكون مكرها او مضطرا والحد
لا يجب بالشرب الا اذا علم انه طايع غير مضطر **وان**
رجع اي ولا يحد المقر ان رجع **عن الاقرار** بالشرب
قبل الحد او في وسطه لانه خالص حق الله فيقبل
الرجوع فيه كالزنا بخلاف حد القذف والقصاص لانهما
من حقوق العباد ومن شهد بحد متقادم اي كان حال
كونه **قريبا من امامه رد** خلافا لمالك والشافعي واحمد
في رواية اعتبارا بالشهادة في حق العباد ولنا ما ذكر
محمد في الاصل عن عمر انه قال ايما شهود شهدوا على
حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن
ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه
فهو مخير بين حسبتين حسبة اداء الشهادة ليقام
الحد فيحصل الانزجار قال تعالى واقيموا الشهادة لله
وحسبة الستر على المسلم بالامتناع عن الشهادة
فان الشرع ندبنا الى الستر بقوله تعالى ان الذين
يحبون ان تشيع الفاحشة الاية وبقوله عليه السلام

من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة فتاخير هذه
الشهادة مع امكان ادايها ان كان للستر نيتهم بانه انما
اقدم عليها بعد ذلك لضغينة او عداوة فترد وان كان
لا للستر فهو فسق لان اداء الشهادة واجب وتاخير
الواجب فسق وشهادة الفاسق مردودة والحد اقلنا
في حق العباد اذا طلب المدعي من الشاهد اداء الشهادة
فاخر لا لعذر ظاهر لا يقبل شهادته مع امكانه الا في حد
قذف فانه لا يرد لان تاخيرها فيه لعذر شرعي وهو عدم
الدعوى لان الدعوى شرط في حد القذف كسائر حقوق
العباد وضمن السارق بالشهادة المتقادمة السرقة اي
المسروق لان التقادم يمنع الشهادة في حق الحد للتهمة
ولا يمنعها في حق المال بل تثبت مع الشهادة فصار كما لو
شهد رجل وامرأتان بالسرقة حيث يضمن السارق
المال ولا يقطع وان اقر به اي بحد متقادم حد وقال
زفر لا يحد اعتبارا بالشهادة واجيب بان الشهادة قد
تهيجها عليه عداوة حادثة بخلاف الاقرار لانتفاء
تهمة الضغينة فيه لانه لا يعادي نفسه ولان الاقرار
لا يبطل بالتهمة والفسق وهو اي التقادم للشرب
من خمر او غيرها بزوال الريح عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد كما في الحدود ولهما ما روى
عبد الرزاق في مصنفه والطبراني في معجمه واسحاق
ابن راهويه في مسنده عن ابن ماجة الحنفي قال جاء
رجل بابن اخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال
عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا
فرفعه الى السجن ثم دعا به من الغد فجلده واعطى ردعا

بسوط

بسوط ثم امر بثمرته فدقت بين الحجرين حتى صارت
ردعة ثم قال للجلاد اجلد واعط كل عضو حقه والترترة
بمثناتين فوقيتين وراءين مكررتين التحريك وكذا
المزمزة بالزاي والحاصل ان بقاء ريح الخمر والنبيذ
شرط لاقامة الحد عند ابي حنيفة وابي يوسف
الا ان ينقطع لبعد مسافة عن الامام لقول ابن مسعود
وبقي محمد اشتراط بقايه كمالك والشافعي وهو الصحيح
لاطلاق ما روينا من قوله عليه السلام من شرب الخمر
فاجلدوه وقوله اذا سكر فاجلدوه ولان وجود الرايحة
لا يصلح دليلا اذ قد يتكلف لزوالها مع بقاء الخمر وقد توجد
رايحة الخمر من غير خمر كما قيل يقولون لي انكه قد شربت
مدامة فقلت لهم لا بل اكلت سفرجلا وقيل سفرجلة تحكي
نكهة النواهد لها عرف ذي فسق وسفره زاهد فظهر
ان رايحة الخمر تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام
بوجودها ولا بعدمها ولو سلمنا انها لا تلتبس على ذوي
المعرفة فلا توجب تقييد العمل بالبينة لوجودها
لان المقبول يقيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق
في الشهادة بوقوعها بعد ذهاب الرايحة بل بتاخير
الاداء تاخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تاخير يوم
ونحوه وبه تذهب الرايحة ومحل النزاع في عدم قبول
الشهادة عند عدم الرايحة وليس في اثر ابن مسعود
شهادة منع من العمل بها لعدم الرايحة وقت ادايها
بل والاقرار وانما فيه انه حده بظهور الرايحة بالترترة
والمزمزة وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرايحة
من المعدة التي كان خفيفة وكان ذلك مذهبه بذلك

عليه ما في الصحيحين عنه انه قرا سورة يوسف فقال
رجل ما هكذا انزلت فقال عبد الله والله لقد قراتها
على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت
فبينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال اتشرب
وتكذب بالكتاب فضربه الحد وروى الدارقطني باسناد
صحيح عن السائب بن يزيد ان عمر بن الخطاب انه ضرب
رجلا وجد منه ريح الخمر والحاصل ان حده عند وجود
الريح مع علم البينة او الاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة
مع احدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وهو
قول للشافعي والاصح عن الشافعي واكثر اهل العلم نفيه
هذا ملخص كلام بعض اهل التحقيق والله الموفق
ولعبدها اي الشرب نصف شهر عند ابي يوسف ومحمد
وبالتفويض الى راي القاضي عند ابي حنيفة وقيل
يقدر بنصف الشهر والاول اصح وهو رواية عنه اي ابي
حنيفة وان شهد على رجل بزنى بفلانة او اقر رجل
انه زنى بفلانة وهي غائبة او اقر بالزنى بمجهولة
حد ذلك الرجل باتفاق الائمة وان شهد على رجل بسرقة
من غائب لا اي لا يقطع وينصف حد العبد فيجلد
في الزنا خمسين وفي غيره اربعين لقوله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من الجلد والاية
وان كانت في الاماء الا انه يعرف بها حكم العبيد بطريق
الدلالة ويكفي حد واحد لجنايات اتحد جنسها ممن
قذف جماعة بكلمة واحدة بان قال يا زناة او بكلمات
متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا
خالد انت زان لانه لا يقام عليه الا حد واحد وكذا من زنى
موارا

موارا او شرب موارا يكفيه حد واحد وبه قال مالك والثوري
وابن ابي ليلى والشعبي ان قذف جماعة والزهري والنخعي
وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وقال الشافعي
ان قذف جماعة بكلمات او واحدا مرات بزنا متعدد
يجب لكل قذف حد وبه قال احمد في رواية بناء على ان
الغالب في حد القذف عنده حق الادمي فلا يتداخل
كالديون والقصاص بخلاف ما لو قذفهم بكلمة واحدة
حيث يتداخل في القديم دون الجديد او قذف واحدا
مرارا بزنا واحد حيث يتداخل وعندنا الغالب في حد
القذف حق الله تعالى فيكون ملحقا بحد الزنا والشرب
واما الجنايات المختلفة الجنس فلا يتداخل حدها لان
المقصود من كل جنس غير المقصود من الاخر فحد
الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال
وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة
الاعراض فلو قذف وزنى وسرق وشرب يقام عليه
لكل واحد حده ولا يوالي بين حدين خيفة الهلاك
بل ينتظر حتى يبرا من الاول ويبدا بحد القذف لانه
فيه حق العبد ثم الامام مخير ان شاء بدا بحد الزنا
وان شاء بالقطع لاستوائهما في القوة اذ هما ثابتان
بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه اضعف منهما
ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص بدي بالقصاص
لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى
والله اعلم **فصل** في التعزير وهو تاديب
دون الحد مشتق من العزر بمعنى الردع والزجر
وهو مشروع بالكتاب قال تعالى واضربوهن فان

اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات
تعذيبا وتاديبا وبالسنة وهو ما رواه محمد بن الحسن
مرسلا عن النعمان بن بشير من بلغ حدا في غير حد
فهو من المعتدين وقال عليه السلام في الصبيان
اضربوهم بعشر على ترك الصلاة وباجماع الصحابة
وهو قد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بتحريك
الاذن وبالصفع وبالضرب واكثر التعزير تسعة
وثلاثون سوطا عند ابي حنيفة وخمسة وسبعون
سوطا عند ابي يوسف في ظاهر الرواية عنه وهو
قول ابن ابي ليلى وفي رواية تسع وسبعون وقول
محمد ذكره بعضهم مع ابي حنيفة وبعضهم مع ابي يوسف
والاصل في هذا ما اخرجه البيهقي عن النعمان ابن
بشير وقال المحفوظ انه مرسل انه صلى الله عليه
وسلم قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين
اي من ابلغ حدا في موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين
فلزم ان لا يبلغ به حدا الا ان ابا حنيفة اعتبر ادنى
الحد وهو حد العبد واقله اربعون لان مطلق الحد
يتناوله وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم الاصول
واقله ثمانون فينقص عنه سوطا في رواية
هشام عنه وهو القياس وبه قال زفر وفي رواية
خمسة وهو ماثور عن علي فقلده ولان ادنى
حد الاحرار ثمانون وادنى حد العبيد خمسون فوجب
ان يجد نصف كل واحد منهما وذا خمسة وسبعون
وقال مالك لا حد لاكثر التعزير فيجوز للامام عنده
ان يزيد في التعزير على الحد اذا راى المصلحة في ذلك

ولا يبعد

ولا يبعد ان يعمل بقول ابي حنيفة في العبيد وبقول
ابي يوسف في الاحرار واقله ثلاثة هكذا ذكره القدوري
وكانه يرى ان ما دون الثلاث لا يقع به الزجر وذكر
التمرتاشي عن السرخسي انه ليس فيه شيء مقدر
بل مفوض الى راي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال
الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم
من يحتاج الى اللطمة ومنهم من يحتاج الى الضرب ومنهم
من يحتاج الى الحبس وفي النهاية تعزير اشراف الاشراف
وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو ان يقول له القاضي
بلغني انك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء
والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة
في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالاعلام والجر
والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب وسئل
الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امراته ايحل له
قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب
بما دون السلاح لا يحل له قتله وان علم انه لا ينزجر
بذلك حل له قتله وان طاوعته المراة حل له قتلها
ايضا وعن ابي يوسف يجوز للسلطان ان يعزر بالمال
وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي واحمد لا يجوز ثم
التعزير فيما شرع فيه واجب اذا راه الامام وبه
قال مالك واحمد وقال الشافعي ليس بواجب ولنا
انه زاجر مشروع فيجب كالحد وصح حبسه مع ضربه اذا راى
الامام فيه مصلحة وضربه اي ضرب التعزير
اشد من ضرب الحدود لان ضرب التعزير
خفف من حيث الكمية فلا يخفف من حيث الكيفية

فلا يؤدي الى فوت المقصود الذي هو الزجر بالكلية
وفي المحيط ان محمدا ذكر في حدود الاصل ان التعزير
يفرق على الاعضا وذكر في اشربة الاصل ان ضرب
التعزير يكون في موضع واحد ثم الحد للزنا لانه ثابت
بالكتاب بخلاف حد الشرب فانه بقول الصحابة
كما تقدم ثم الحد للشرب ثم الحد للقذف لان جناية
الشرب بلا شبهة لمشاهدة الشرب مع الرائحة
وجناية القذف بشبهة وهي احتمال كون القاذف
صادقا وقال مالك كلهما سوا لان المقصود من جميعها
واحد وهو الزجر فيجب تساويها في الوصف وقال
احمد اشد الضرب للحد ثم الحد للقذف ثم الحد
للشرب ثم التعزير لان الله تعالى خص الزنا بمزيد
تاكيد بقوله ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله ولا
يمكن جعل ذلك في العدد فينبغي جعله في الصفة
وحد القذف فيه حق الادمي وحد الشرب محض
حق الله تعالى وهو التعزير بقذف مملوك لغيره
او كافر بزنا لان هذه جناية قذف وقد امتنع الحد
لعدم الاحصان فيجب التعزير وبقذف مسلم
بيا فاسق يا كافر يا سارق يا مخنث وامثاله وهو
يا فاجر اي ناكث العهد يا ابن القحبة وهي كلمة
مولده والقحاب سعال الخيل والابل وربما يجعل
للناس يا يهودي يا نصراني يا ابن النصراني يا من
يلعب بالصبيان يا اكل الربوا يا شارب الخمر
يا ديوث يا فاجر يا منافق يا لص يا زنديق
يا خبيث يا قرطبان يا ماوى الزواني او اللصوص

يا حرام

يا حرام زاده يا موسوس يا ابله يا احمق لانه اراه بالحاق
الشين به اذا لم يثبت هذه الاشيا فيعزره القاضي
بما يراه قال ثعلب القرطبان لم ار في كلام العرب
ومعناه عند العامة الذي يرضى بدخول الرجال على
نسايه وكذلك الديوث ويعزر باللوطي يسال عن
نيته فان اراد انه من قوم لوط فلا شي عليه وان
اراد انه يعمل عمل قوم لوط اما فاعلا او مفعولا
فعليه الحد عند ابي يوسف ومحمد كمالك والشافعي
واحمد والحسن والنخعي والزهري وابي ثور لانه
قذفه بما يوجب الحد عندهم فصار كما لو قذفه بالزنا
وعند ابي حنيفة لا حد عليه ويعزر لانه قذفه بما لا
يوجب الحد عنده وبه قال قتادة وعطا والصحيح
انه ان كان في غضب يعزر لا بيا حمار يا كلب يا خنزير
يا تيس يا ثور يا بقر يا حية يا مواجر يا ولد الحرام
يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا ابن
الاسود وابوه ليس كذلك لان المقذوف لا يلحقه
شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف اذ كل احد يعلم
ان المقذوف ادمي وليس بكلب ولا حمار وان القاذف
كاذب في ذلك وحكى الهندواني انه يعزر في زماننا
بنحو يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم وهو رواية
عن ابي يوسف في الامالي وعدم التعزير في الكلب
والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلا ثة
وقيل الا اذا قاله لعالم او علوي فانه يعزر لانه يعد شينا
في حقهم ويلحقهم الاذى به واستحسن هذا الهندواني
والكافي ومن حد او عزر فمات فدمه هدر قال احمد

وقال مالك اذا اضربه تعزيرا مثله وقال الشافعي لا يهدر
وفي محل الضمان عنه قولان احدهما بيت المال لانه
عامل للمسلمين فيكون غرم عمله عليهم والثاني عاقلة
الامام لان الضرب غير متعين في التعزير فيكون
فعله مباحا بشرط السلامة ولم يوجب فيجب على
عاقلته كالمرور في الطريق ولنا ان الامام مامور بالحد
والتعزير وفعل المامور به لا يتقيد بشرط السلامة
كما في الفصاد والحجام اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد بخلاف
المرور في الطريق فانه غير مامور به ولانا فعل الامام
بامر الشرع فيكون منسوبا الى الامر فكانه مات
حتف انفه فلا يضمن **وان عزر زوج عرسه** على ترك
الزينة او الاجابة اذا دعاها الى فراشه او على الخروج
من بيته مباح يرجع منفعته اليه لا اليها فيتقيد
بشرط السلامة وعلى هذا ينبغي ان لا يضرب امراته
على ترك الصلاة او على ترك غسل الجنابة لان
منفعة ذلك عائدة اليها وقد ذكر الحاكم انه لا يضرب
امراته على ترك الصلاة ويضرب ابنه عليها
فان قيل اذا جامع امراته فماتت من الجماع او افضاها
لا يجب شي عند ابي حنيفة ومحمد مع ان جماعه مباح
ولم يتقيد بشرط السلامة اجيب بانه قد ضمن
المهر بذلك الجماع فلو وجب عليه شي ايضا لزم
وجوب ضمانين في مقابلة مضمون واحد وهو
منافع البضع وذلك لا يجوز ولو ادب المعلم الصبي
فمات منه يضمن عندنا وعند الشافعي وقال مالك
واحمد لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ولا الاب

في

فاتت لا يهدر دمها بل
يضمن لان ضربه اياها على
هذا الاسباب صح

في التاديب ولا الجد ولا الوصي اذا ضربه ضربا معتادا
ولو ضربه ضربا شديدا لا يضرب مثله في التاديب
يضمن باجماع الفقهاء **كتاب السرقة**
هي لغة اخذ الشي من الغير على وجه الخفية ومنه قوله
تعالى الا من استرق السمع وشرعا **اخذ مكلف** اي عاقل
بالغ **خفية** في الابتدا او الانتهاء اذا كان الاخذ
نهارا وفي الابتدا لا غير اذا كان ليلا حتى لو دخل بالليل
خفية واخذ المال مجاهرة يقطع لان اعتبار الخفية
بالليل في الانتها يودي الى عدم القطع في اكثر السرقات
الليلية اذ اكثرها بحيث مقابلة في الانتهاء بخلاف
النهار في المصر لان الغوث يلحقه فيه وما بين
العشاء كالنهار في الاصح **قدر عشرة دراهم مضروبة**
جيدة في الاصح وروى الحسن عن ابي حنيفة ان
المضروب وغير المضروب سواء ويعتبر وزن كل
عشرة سبع مثاقيل كما في الزكاة او ما يبلغ قيمته
وزنا عشرة دراهم بقول رجلين عدلين لانه من
باب الحد ودرء **مملوكا** ذلك القدر احترازا عن حصر
المسجد واستار الكعبة مما ليس بمملوك للعباد
ولا بد من قيد لا شركة له فيه ولا شبهة **محرزا** اي
محفوظا احترازا عن نحو باب الدار والزرع الذي
لم يحصد **بمكان** سواء امكن الدخول فيه كالبيت والدار
والخيمة او لا كالجوالق **وحافظا** كالجالس عند ماله في
الطريق او في المسجد حتى لو سرق شيئا من تحت
راس نائم في الصحراء او في المسجد يقطع وقال الحسن
وداود وابن بنت الشافعي ليس للسرقة نصاب مقدر

الاطلاق الآية ولما روى الشيخان عن ابي هريرة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن الله السارق
يسرق البيضة فتقطع يده واجيب عن الآية بانها
مقيدة بالنصاب كما هي مقيدة بالمال وعن الحديث
بما قال فيه البخاري قال الاعمش كانوا يرون انه
بيض الحديد والحبل كانوا يرون ان منه ما يساوي
دراهم وقال مالك واحمد نصاب السرقة ربع
دينار او ثلاثة دراهم وقال الشافعي والاوزاعي
والليث ربع دينار لما روى الشيخان عن عايشة
عن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأتي عشر
دراهم ولما في الصحيحين عنها انه قال لا يقطع السارق
الا في ربع دينار فصاعدا لكن قال مالك واحمد الثلاثة
دراهم تقدر ربع دينار لان صرف الدينار على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان باثني عشر درهما
ولما في الصحيحين عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله
قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم وفي الموطا
من حديث عمرة بنت عبد الرحمن ان سارقا سرق في
زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت
ثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهما بدينار
فقطع عثمان يده قال مالك احب ما يجب فيه القطع
الي ثلاثة دراهم وقطع عثمان سواء انقضى الصرف
او ارتفع وذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع في مجن
قيمته ثلاثة دراهم وقطع عثمان في اترجة قيمتها
ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته الي وفي مسند
احمد عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال

اقطعوا

اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك
وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم والدينار اثني
عشر درهما ولنا ما رواه الطبراني قال حدثنا محمد
ابن نوح بن حرب ثنا خالد بن مهران ثنا ابو مطيع البلخي
عن ابي حنيفة عن القاسم ابن عبد الرحمن عن ابيه
عن عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا قطع الا في عشرة دراهم وما اخرجه الطحاوي
في شرح الآثار عن ام ايمن انها قالت قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق الا في حجفة اي مجنة
كما في نسخة وقومت يومئذ على عهد رسول الله صلى
الله عليه وسلم بدينار او عشرة دراهم ورواه الطبراني
في معجمه ايضا وهو حديث اما منقطع او مرسل ولكنه
يتقوى بغيره من الاحاديث المرفوعة والموقوفة فمن
المرفوعة ما اخرجه ابو داود في سننه من حديث عطا
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع يد رجل
في مجن قيمته عشرة دراهم ورواه النسائي في سننه
والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط البخاري
ومسلم ولم يخرجاه ثم قال وشاهده حديث
ام ايمن انها قالت لم يقطع اليد على رسول الله صلى
الله عليه وسلم الا في المجن وثمنه يومئذ دينار وروى
ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن المثنى ابن
الصباح عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب
عن ايمن من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
ما بلغ ثمن مجن قطعت يد سارقه وكان ثمن المجن عشرة
دراهم ومن الاحاديث الموقوفة ما روى عبد الرزاق

في مصنفه عن الثوري عن عبد الرحمن بن عبد الله عن
القاسم ابن عبد الرحمن قال قال ابن مسعود لا يقطع
اليد الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل لان
القاسم لم يسمع من ابن مسعود وروى ابن ابي شيبة
في مصنفه عن يحيى بن يزيد وغيره عن الثوري عن
عطية ابن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن
قال اتى عمر ابن الخطاب برجل سرق ثوبا فقال
لعثمان قومه فقومه ثمانية دراهم فلم يقطعه
وهذا يدل على ان نساخ ما في الصحيحين ولان الاخذ
بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد **فان**
اقر اللص **اي بالسرقة مرة** عند ابي حنيفة ومحمد
وهو قول اكثر العلما او مرتين عند ابي يوسف ومحكي
واحمد وابن ابي ليلى وزفر عن ابي يوسف ومجلسين
مختلفين لانه حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة
كالزنى ولما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عليه
السلام اتي بلص قد اعترف فقال له ما اخالك سرقت
قال بلى فاعادها عليه مرتين او ثلاثا فقطع ولهما ان
الاقرار مرة مظهر فيكتفي به كما في القصاص وحد
القذف والتكرار في الشهادة يفيد تقليل تهمة الكذب
ولا تهمة في الاقرار فلا فائدة في التكرار فان قيل يحتمل
ان يرجع فيكون للتكرار فائدة وهي الثبوت اجيب
بان احتمال الرجوع لا ينسد بالتكرار وان الرجوع في حق
المال لا يصح لان صاحب الحق يكذبه واما حديث المخزومي
فلا يدل على اشتراط مرتين بل على انه عليه السلام
احتاط في الدرء وهو مستحب او على جواز تلقين

الرجوع

الرجوع وقد ذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما **او شهد**
عليه رجلان فيهما شرايط الشهادة لانه من الحدود
فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال كما بين في كتاب الشهادة
وسالهما اي الشاهدين وفي نسخة وسالهم اي المقر
والشاهدين **الامام** او نايبه ما هي اي السرقة لانها يطلق
على استماع كلام الغير سرا قال تعالى الا من استرق
السمع وعلى عدم اعتدال الركوع والسجود قال عليه
السلام ان اسوا الناس من يسرق من صلاته ولانه ربما
يتوهم انها لا تحتاج الى الحقيقة كما في السرقة الكبرى
وكيف كانت سرقته ليعلم انه اخرج او ناول اخر من خارج
او ادخل يده من النقب او من الطاق واخذ **ومتى** كانت
ليعلم انها متقادمة اولا لان القطع لا يقام مع تقادم
الشهادة عندنا **واين** كانت لانه لا قطع على من سرق
في دار الحرب **وكم سرق** لان النصاب شرط فيعلم
ان المسروق كان نصابا او اقل **وممن سرق** لجواز ان
يكون المسروق منه ذا رحم محرم او احد الزوجين
او احد الشريكين وبيناها اي الشاهدان او المقر
والشاهد هذه الاشياء الا زمان السرقة في حق
المقر لان تقادم العهد لا يمنع صحة الاقرار بها كما في
المبسوط والمحيط وقبل القاضي شهادتهما **قطع** هذا
جواب قوله فان اقر الى اخره وانما يسال الامام عن
هذه الاشيا احتيالا للدرء كما في الحدود فان بين
الشاهدان هذه الاشيا ولا يعرف القاضي حالهما
حبسه حتى يسال عنهما لانه صار متهما بارتكاب
جريمة ولا يمكن التوثيق بالتكفيل اذ لا كفالة في

الحدود **وان تشارك جمع في السرقة واصاب كلا قدر نصاب** وهو عشرة دراهم او ما يساويها قطعوا جميعا **وان اخذ بعضهم** سوا خرجوا معه او بعده في فوره او خرج هو بعدهم في فورهم والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان السرقة تمت به وحده اذ الاخراج تحقق به ولنا ان العادة في السراق اذا كانوا جماعة ان يتولى بعضهم الاخذ والباقون الدفع عنهم فلو لم يقطع الكل سارقين في ذلك الى انسداد باب السرقة اما لو اصاب كلا اقل من نصاب لا يقطع واحد منهم وبه قال الشافعي والثوري وابن ماجشون المالكي وقال مالك واحمد وابو ثور يقطع الكل لان سرقة النصاب فعل موجب للقطع يستوي فيه الواحد والجماعة كالقصاص ولنا ان كل واحد يقطع بجنايته والجناية الموجبة للقطع سرقة النصاب ولم يوجد في هذه الحالة بخلاف القصاص فان فعل كل واحد جناية موجبة للقصاص لان جرح كل واحد صالح للزهوق الروح **لا بتافه** اي لا يقطع السارق باخذ تافه وهو شي حقير خسيس **يوجد مباحا في دارنا** وقال مالك والشافعي واحمد وابو ثور يتعلق القطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته نصابا الا التراب والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه ولنا ما روى ابن ابي شيبة في مصنفه ومسنده عن عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت لم يكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

لادى الى

على عهد

في

في الشي التافه وزاد في مسنده ولم تقطع في ادنى من حجفة او ترس **كخشب وحشيش وقصب** فارسي **وسمك** طريا كان او غيره **وصيد** بحريا او بريا لان الشركة العامة التي كانت في هذه الاشيا قبل الاحراز اورثت شبهة والحدود تندرا بالشبهة وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيهما ان عمر بن عبد العزيز اتي برجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورفعه كما في الهداية غير معروف وروى ابن ابي شيبة ايضا ان عمر بن عبد العزيز اتي برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في طير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر **ويفسد سريعا** عطف على ما يوجد مباحا وكان الاولى ان يقول او ما يفسد ليعطف على تافه لان ما يفسد قد لا يكون تافها **كلبن ولحم** وكذا ما هو مهيا للاكل كالخبز على ما في الايضاح وشرح الطحاوي بخلاف ما لم يكن مهيا للاكل كالحنطة والسكر فانه يقطع فيه اجماعا وهذا في غير سنة القحط واما فيها فلا قطع في الطعام سوا كان محرزا او لا لانه سرق عن ضرورة جوع والضرورة تبيح تناول مال الغير بقدر الحاجة فتمنع ذلك القطع وروى عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري عن رجل عن الحسن ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل سرق طعاما فلم يقطعه قال سفيان هو الطعام الذي يفسد من نهاره كالثريد واللحم وروى ابو داود في مراسيله عن الحسن البصري

ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في الطعام
وذكره عبد الحق في احكامه من جهة ابي داود ولم
يعلله بغير الارسال ووافقه ابن القطان عليه لكن
وفاكهة رطبة يدخل فيها الرطب والعنب دون
الزبيب والتمر **وثمر على شجر وبطيخ وزرع لم يحصد** لعدم
وجود الاحراز وان كان في حائط روى ابو داود والنسائي
وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه
عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب
بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه
ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن
المجن فعليه القطع والخبنة بضم معجمة وسكون موحدة
فنون ما ياخذه في طرف الثوب والجرين بالجيم المربد
وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف ولما رواه
مالك في الموطا انه عليه السلام قال لا قطع في ثمر
معلق ولا في حريسة جبل فاذا اواه المراح او الجرين
فالقطع فيما بلغ ثمن المجن وقطع مالك والشافعي
بالمذكورات وهو رواية عن ابي يوسف **واشربة**
مطربة اي مسكرة واما غير المطرب كالخل فيقطع
فيه لانه لا يسارع اليه الفساد وان كان مرا فان
كان خمرا فلا قيمة له وان كان غيرها فللعلماء في تقومه
اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو المال
المتقوم بالاجماع **والات لهو كدف** وطبل وبربط ومزمار
وطنبور اما عند ابي حنيفة فلعدم تقوم نفسه
الاشباحي لا يضمن متلفها واما عند غير ابي حنيفة

النايل

النايل بتقومها فلان اخذها يتاول النهي عن المنكر
وهو مباح فاورث شبهة ولو كان الطبل والدف
لغير اللهو اختلف المشايخ فقال بعضهم يقطع
سارقه لانه مباح وقال بعضهم لا يقطع لانه يصلح
للهو فاورث شبهة **وصليب** وهو ما يعمل تمثال
لعبده النصارى **من ذهب** او فضة وشطرنج وهو
بكسر الشين المعجمة وبفتح وكذا النرد وقال الشافعي
يقطع **وباب مسجد** لعدم الاحراز فصار كباب
الدار بل اولى لان باب الدار يحرز به ما فيها بخلاف
باب المسجد ولهذا لا يقطع بسرقة متاعه وقال
الشافعي وابو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة باب
المسجد لانها سرقة نصاب محرز مثله ولذا سرقة
باب الدار وبه قال احمد في رواية واجيب بانه لا مالك
له من جهة العباد فلا قطع فيه كحصير المسجد وقناد يله
ولا قطع في استار الكعبة عندنا وبه قال احمد وهو
الاصح في مذهب الشافعي لانه ليس له مالك معين
فاشبه مال بيت المال **ومصحف وصبي حر ولو كان**
المصحف والصبي **محليين وعبد الا الصغير** وقال مالك
والشافعي وابو ثور وابن المنذر واحمد في رواية يقطع
في المصحف لانه مال متقوم محرز فان ورقه كان مال
متقوم فاذا ازدادت قيمته بما كتب فيه وبجلده
وبهذا يصح بيعه وشراؤه ولنا ان اخذه يتاول
القراءة فيه او النظر لازاحة اشكال وقع له والقطع
يدرء بالشبهة وقال مالك والشعبي يقطع بسرقة
الحر الصغير لانه غير مميز فاشبه العبد الصغير

وَلنا ان الحر ليس بمال وما عليه تبع له وبهذا الخلاف
وفي صبي لا يمشي ولا يتكلم حتى لو كان يمشي ويتكلم
ويميز لا يقطع بسارقه اجماعا لانه في يد نفسه وله يد
على ما هو تابع له فكان اخذه خداعا لا سرقة وقال
ابن المنذر اجمع اهل العلم على قطع سارق العبد
الصغير اذا لم يعبر عن نفسه ولم يميز وان كان يعبر
ويميز فلا قطع فيه بالاجماع **ودفتر** سوا كان فيه
علم الشريعة او الشعر واللغة لان المقصود من
دفاتر هذه الاشيا ما فيها وهو ليس بمال **الا دفتر الحساب**
وقال مالك والشافعي واحمد يقطع في الدفاتر كلها
سواء كان فيها علوم الشريعة او غيرها اذا بلغت قيمتها
نصابا لانها مال متقوم يبلغ قيمته نصابا فيدخل
في عموم الاية **ولا في كلب وفهد** لان جنسها مباح الاصل
ولان اختلاف العلماء في مالية الكلب اورث شبهة ولو
كان على الكلب طوق ذهب ونحوه لا يقطع لانه تبع له
كالصبي الحر اذا كان عليه حلي **ولا في خيانة** وهي الاخذ
مما في يده على وجه الامانة **ولا في نهب** وهو الاخذ
على وجه العلانية والقهر في بلدة او قرية لما اخرجه
اصحاب السنن الاربعة عن جابر عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال ليس على خائن ولا منتهب ولا
مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح
وسكت عنه عبد الحق في احكامه وابن القطان بعده
فهو صحيح عندهما وعن احمد يقطع جاحد العارية
وبه قال اسحاق لما اخرجه مسلم عن معمر عن الزهري
عن عروة عن عائشة قالت كانت امراة مخزومية

تستعير

تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم
بقطع يدها واجيب بان ذكر العارية في هذا الحديث
وقع لقصد التعريف لا لانه سبب للقطع فانها
كانت كثيرة الاستعارة والجحد حتى عرفت به واستمرت
على ذلك حتى سرقت فامر النبي صلى الله عليه
وسلم بقطع يدها بدليل الاحاديث التي صرح فيها
بالسرقة وقيل الحديث منسوخ بما رويناه من حديث
جابر وقيل ان قطعها كان سياسة لتكرر ذلك
الفعل منها **ولا في نبش** اي نبش قبر واخذ كفن
منه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابن عباس
والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري والشافعي
في القديم وقال ابو يوسف ومالك والشافعي في الجديد
واحمد وابو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة
وحماد وعمر بن عبد العزيز يقطع النباش لما روى
البيهقي في المعرفة عن البراء بن عازب ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من نبش قطعناه وضعفه
وروي ايضا عن عائشة انها قالت سارق امواتنا
كسارق احيائنا وفي تاريخ البخاري قال هشيم حدثنا
سهيل قال شهدت ابن الزبير قطع نباشا ولانه
سرق مالا متقوما يبلغ نصابا من حرز مثله فوجب
القطع به اعتبارا بسائر انواع الحرز ولنا ما روى
ابن ابي شيبة في مصنفه عن عيسى بن يونس عن
معمر عن الزهري قال اتي مروان بقوم يختفون
اي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة
متوافرون وروى ايضا عن حفص عن اشعث

عن الزهري قال اخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان
على المدينة فسال من بحضرته من الصحابة والفقها
فاجمع رايهم على ان يضرب اسواطا ويطاف به ولا يخفى
ان كلا من الاثرين حكاية حال ومنها احتمال اخذه قبل
اخراج الكفن او بعده ولم يكن قدر النصاب فلا يتم
الجواب واما حديث لا قطع على المختفي وهو النباش
بلغة اهل المدينة فهو غريب غير معروف ولا في مال
عامه اي عامة المسلمين وبه قال الشافعي واحمد
والنخعي والشعبي والحكم وقال مالك وحماد وابن
المنذر يقطع لظاهر الاية ولانه سرق مالا محرزا
ولنا ما روى ابن ماجه في سننه من حديث ابن عباس
ان عبدا من رقيق الخمس سرق فرفع الى النبي صلى
الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق
بعضه بعضا كذا ذكروه وفيه ان العبد من جملة المال
وقطعه يضره فلا يقاس عليه غيره ولا في مال له
اي للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من
حرز الاخر مالا مشتركا بينهما وهو الاصح في مذهب
الشافعي وقول احمد وقال مالك وهو قول للشافعي
اذا سرق من نصيب الشريك قدر نصاب يقطع لانه
اخذ ملك غيره من حرزه ولا في مثل حقه في الجنس
حالا كان حقه او موجلا والقياس ان يقطع في الموجل
لانه لا يباح له اخذه قبل الاجل فصار كمن لا دين له
ووجه الاستحسان ان الموجل ثابت في الذمة كالحال
والتاجيل لتاخير المطالبة ولو بمزيد اي ولو كان
الماخوذ زايدا على حقه لانه يصير شريكا في ذلك المال

بمقدار

بمقدار حقه فيتحقق الشبهة فيه بمثل الحق لانه لو كان
عليه دراهم فسرق منه عروضا يقطع لانه ليس له
الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف لا يقطع
وهو مذهب الشافعي لان له ان ياخذه عند بعض العلما
قضاء من حقه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية
فاورث ذلك شبهة ولو كان حقه دراهم فسرق
منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له ولاية الاخذ وبه
قال مالك واحمد في رواية والشافعي في وجه وقيل
لا يقطع لان النقود جنس واحد كما في الزكوة حر
والنفقة وفي المحيط والمبسوط هو الصحيح وبه
قال الشافعي في الاظهر ولا في ما قطع فيه وفي
نسخة به اي ولا قطع في سرقة شي كان السارق
سرقه قبل ذلك وقطع لاجله وهو اي المسروق
بحاله واما لو تغير عن حاله بان كان غزلا فقطع
فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه ثم سرقه فانه
يقطع ثانيا والقياس ان يقطع فيما هو بحاله ايضا
وهو رواية عن ابي يوسف وبه قال مالك والشا فعي
واحمد لان السرقة الثانية افحش لوجود الاقدام
عليها مع سبق الزاجر عنها فكانت احق بايجاب
القطع ولا في مال ذي رحم محرم او مال غيره من بيته
اي بيت ذي الرحم المحرم وقال مالك وابو ثور وابن
المنذر والخرقي من اصحاب احمد يقطع الولد اذا سرق
من احد ابويه وان علا لانه لا حق للولد في مال ابويه
ولهذا يحد اذا زنى بجاريتهما ويقتل اذا قتلهما
فصار كالاجنبي ولنا ان البعضية توجب البسوطة

في المال والاذن في الدخول في الحرز ولذا امتنع لولاد قبول
شهادة احدهما لصاحبه فصار كالاب لا كالاجنبي وقال
مالك والشافعي واحمد يقطع بسرقة ذي الرحم
المحرم غير الولاد في وجوب الصورة عن القطيعة
والقطع في السرقة يفضي الى القطيعة فوجب صونها
عنه اما لو سرق مال ذي رحم محرم من غير بيته
فيقطع اتفاقا لوجود الحرز بلا شبهة ولا من زوج ولا
عرس اي ولا قطع بسرقة الزوجة من حرز زوجها
الخالص به ولا بسرقة الزوج من حرز زوجته الخاص
بها وللشافعي ثلاثة اقوال قول بالقطع كمالك
واحمد وقول بعدمه وهو رواية عن احمد وقول يقطع
الزوج بسرقة مال زوجته وعدم قطع الزوجة بسرقة
مال زوجها لان لها حقا في ماله وهو النفقة ولا حق
له في مالها ولنا ان بين الزوجين بسوطه في المال
عادة ولا من سيده اي ولا قطع على من سرق من مال
سيده ولا من عرسه اي عرس سيده ولا من زوج سيده
لوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز وقال مالك
وابو ثور يقطع في الاخيرين لعدم استحقاقه النفقة في
مالهما بخلاف السيد وقال داود يقطع بسرقة مال
سيده ايضا لعموم الاية ولنا ما روي السائب بن يزيد
قال شهدت عمر وقد جاء عبد الله بن عمرو الحضرمي
بغلام له فقال غلامي هذا سرق فاقطعه فقال
عمر ما سرق قال مرآة لامرأتي ثمنها ستون درهما
فقال عمر ارسله لا قطع عليه خادمكم سرق متاعكم
ولم يخالفه احد من الصحابة فكان اجماعا ويخص به عموم

الحاقا [illegible] بين الاحكام والمسائل
بحكم [illegible] ٤٤

الاية

الاية ولا من مكاتبه اي ولا قطع على قوله من سرق من
مكاتبه لان له في اكسابه حقا ولا من مضيفه اي ولا قطع
على ضيف سرق من مضيفه لان البيت لم يبق حرزا في حقه
لكونه ماذونا له في دخوله فيكون فعله خيانة لا سرقة
وقال مالك والشافعي واحمد في رواية ان سرق من الموضع
الذي انزله فيه او من موضع لم يحرز عنه لا يقطع وان سرق من
موضع حرز عنه يقطع ولا من مغنم وهو الموضع الذي فيه
يجمع الغنيمة او المال الذي غنم ولم يقسم بعد وبه
قال الشافعي واحمد وقال مالك وابن المنذر يقطع وهو
نظير السرقة من مال عامة المسلمين خلافا ودليلا ولنا
على نفيه خصوصا ما روى عبد الرزاق في مصنفه
عن الثوري عن سماك بن حرب عن ابي عبيد بن الابرص
وهو يزيد بن دثار قال اتي علي برجل سرق من المغنم
فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد
سرق مغفرا ولا من حمام في الوقت الذي جرت العادة
بدخوله لما روى ابن ابي شيبة في مصنفه بعد ان قال
باب الرجل يدخل الحمام فيسرق بسنده عن ابي الدردا
انه سئل عن سارق الحمام فقال لا قطع عليه وظنه
البيهقي بالتخفيف فرواه بالتصحيف ولا من بيت
اذن بدخوله لوجود الاذن عادة في الاول وحقيقة
في الثاني فاختل الحرز فيهما وفي المبسوط يقطع السارق
من الحمام في وقت الدخول فيه اذا كان له حافظ على قول
ابي حنيفة وبه قال مالك والشافعي في رواية وابو ثور
وابن المنذر ولا يقطع على قول ابي يوسف ومحمد وبه
اخذ ابو الليث والصدر الشهيد وفي شرح الوافي وعليه

الحنفي وهو ظاهر المذهب وبه قال شمس الائمة
وقاضيخان وهو الصحيح ولا ان لم يخرجه اي ولا قطع اذا لم
يخرج السارق المسروق من الدار لان الدار بما فيها في يد
صاحبها اي المعنى وهو كلها حرز واحد فلا بد من اخراج
المسروق منها ليتحقق الاخذ من كل وجه او ان ناول
من هو خارج يعني اذا نقب اللص ودخل واخذ المال
وناوله آخر من خارج لا قطع على واحد منهما لان الخارج
لم يوجد منه القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم
يوجد في حق واحد منهما لان الخارج لم يوجد منه الهتك
والداخل لم يوجد منه الاخراج واما اخراج يده فقد
تخلل باعتراض يد الاخر عليه وقال مالك ان كانا متفقا
قطعا وان انفرد كل واحد بفعله دون اتفاق بينهما
لم يقطعا وقال الشافعي يعود الخارج الاخذ بالقطع
وبه قال احمد لو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج
واخذه لم يذكره محمد قال الصحيح انه لا يقطع وقال مالك
والشافعي واحمد يقطع ولو كان في الدار نهر جار
فرمى بالمتاع في النهر ثم خرج واخذه ان خرج بقوة
الماء لا يقطع وقال في النهاية معزيا الى المبسوط ان
الاصح انه يقطع وبه قال مالك والشافعي واحمد
وان دخل اي ولا قطع على من نقب بيتا وادخل يده
في بيت واخذ وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع
وهو قول مالك والشافعي واحمد لانه اخرج المال
من الحرز وهو المقصود فصار كما لو ادخل يده في جيب
غيره او كمه او في صندوقه واخذ ولنا ان السرقة
هتك الحرز على الكمال مع اخراج المال والكمال

في

في هتك حرز البيوت دخولها بخلاف الصندوق فان
الممكن فيه ادخال اليد فيتم الهتك به مع الاخراج ولنا
ايضا قول علي كرم الله وجهه اللص اذا كان ظريفا
لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ينقب البيت فيدخل
يده ويخرج المتاع من غير ان يدخله او ان طر اي
ولا قطع ان شق صرة خارجة من كم لان الرباط من خارج
فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك
هم الحرز والمراد هنا بالصرة يعني الكم المشدود فيه الدرا
قيد الصرة بكونها خارجة من الكم لانه لو طر صرة
داخلة فيه يقطع لان الرباط في الداخلة من داخل
فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم وقيد بالطر
لانه لو حل يقطع ان كان الرباط خارج الكم لانه ياخذ
الدراهم من داخله ولا يقطع ان كان من داخل الكم
لانه ياخذها من خارجه وعن ابي يوسف انه يقطع في
الاحوال كلها لان المال محرز بالكم اذا كانت الصرة خارجة
ولصاحب الكم اذا كانت داخلة او ان سرق اي ولا يقطع
ان سرق جملا من قطار وهو الابل على نسق واحد او ان
سرق جملا من احمال قطار وقال مالك والشافعي واحمد
يقطع لانه محرز بالحافظ وهو القائد والسائق او
الراكب اذا لم يكن نائما فان كان نائما عليه لم يقطع
ولنا انه ليس بمحرز قصدا فيتمكن فيه شبهة العدم
وذلك ان كلا من القائد والسائق والراكب يقصد
قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ وقطع سارق
الجمل او الحمل من القطار ان حفظه ربه لوجود قصد
الحفظ منه فكان محرزا بالحافظ او ان نام عليه اي على

الحمل او الجمل وكذا ان نام بقربه منه لان ذلك حرز له بالحافظ
وروى ابو داود والنسائي وابن ماجه واحمد في مسنده من
غير وجه عن صفوان بن امية انه طاف بالبيت وصلى
ثم لف رداء فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص
فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به النبي صلى
الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له
النبي صلى الله عليه وسلم اسرقت رداء هذا قال
نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت
اريد ان اقطع يده في ردائي قال فلو كان ما قبل ان تاتيني به
او ان شق اللص الحمل واخذ منها ببلغ نصابا بان الجوالق
حرز او ان دخل يده في صندوق او كم او جيب واخذ لان هذه
الاشياء حرز لما فيها او ان اخرج السرقة من مقصورة
اي حجرة دار فيها مقاصير الى صحنها اي صحن الدار
وذلك كمدرسة ونحوها او ان سرق صاحب مقصورة
اي حجرة من مقاصير دار كبيرة من مقصورة اخرى
من مقاصير تلك الدار لان لكل مقصورة باب وغلق
على حدة وان القى السارق شيا يبلغ نصابا في الطريق
ثم اخذه وبه قال مالك والشافعي واحمد وقال زفر لا يقطع
او حمله اي الشيء المسروق على حمار او نحوه فساقه
واخرجه وبه قال مالك والشافعي واحمد لان سير الحمار
مضاف الى السارق لسوقه اياه لان الحمار لو خرج بنفسه
لا يقطع السارق لان للبهيمة اختيارا يقطع يمين السارق
اما القطع فلقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما واما اليمين فلقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما
وهي مشهورة فكانت بمنزلة خبر مشهور فتقيد

الطلاق

اطلاق الكتاب به من زنده وهو موصل طرف الذراع من الكف
وقالت الخوارج من منكبه اذ اليد من المنكب ولنا ان النص
امر بقطع اليد وهو يطلق من المنكب ومن المرفق
ومن الرسغ في اللغة والشرع وقد تبين ان المراد بها
في الاية من الرسغ بعمله صلى الله عليه وسلم وعمل
الصحابة وانعقد عليه الاجماع ولان هذا القدر متيقن
به وفي الحدود يوخذ بالمتيقن احتياطا وقد روى
الدارقطني باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بقطع الذي سرق رداء صفوان من المفصل
وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن رجاء بن حيوة
ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع من المفصل وهو
حديث مرسل وروى ايضا عن عمر وعلي انهما قطعا
من المفصل وحسم اي نكوي لينقطع الدم بان تغمس
في الدهن الذي اغلي لما روى الحاكم في المستدرك من حديث
ابي هريرة وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم ان
النبي صلى الله عليه وسلم اتي بسارق سرق شملة
فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق
بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه
ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى
الله فقال تبت الى الله ثم تاب الله عليك ثم
يقطع رجله اليسرى ان عاد ثانيا بالاجماع ونحوه من
الكوفي فقال ابو ثور والرافضة ما نقص العلم
من فقد الشرك فان عاد وسرق ثالثا لا اي
لا يقطع بل يسجن حتى يتوب وقال مالك والشافعي
ان سرق ثالثا يقطع يده اليسرى وان سرق رابعا

يقطع رجله اليمنى لعموم الآية فإن هذا سارق له يد فيقطع
بظاهر النص وتعيين اليمين ابتداء لا يبطل محلية
اليسرى ولقوله عليه السلام إذا سرق السارق
فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله فإن عاد فاقطعوا
يده فإن عاد فاقطعوا رجله رواه الدارقطني في سننه
وفي سنده الواقدي وفيه مقال وفي سنن أبي داود
عن جابر قال جيء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال السارق م
اقتلوه فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال اقطعوا
فقطع ثم جيء به الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول
الله إنما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الرابعة
فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله إنما سرق قال اقطعوه
فقطع ثم جيء به الخامسة فقال اقتلوه قال جابر
فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر
ورمينا عليه الحجارة وقال النسائي حديث منكر
وأخرج هو في سننه عن الحارث اللخمي أن النبي صلى الله
عليه وسلم أتي بلص فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله
إنما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق
على عهد أبي بكر حتى قطعت قوائمه كلها ثم سرق الخامسة
فقال أبو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
أعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبراني والحاكم
في مستدركه وقال صحيح الإسناد وروى الدارقطني
في سننه والطبراني في معجمه عن عصمة بن مالك
قال سرق مملوك أربع مرات والنبي صلى الله عليه
وسلم يعفو عنه ثم سرق الخامسة فقطع يده ثم
السادسة فقطع رجله ثم السابعة فقطع يده ثم الثامنة
فقطع

فقطع رجله وقال عليه السلام أربع بأربع وروى مالك
في الموطأ عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا
من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر
الصديق فشكى إليه أن عامل اليمن ظلمه فكان يصلي
من الليل فيقول أبو بكر وأبيك ما ليلك بليل سارق
ثم إنهم فقدوا عقدا لأسماء بنت عميس امرأة أبي بكر
الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك
بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلي
عند صائغ زعم أن الأقطع جاء به فاعترف الأقطع
وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى
وقال أبو بكر لدعاؤه على نفسه أشد عليه من سرقته
ولنا ما روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن أبي حنيفة
عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب
قال إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فإن عاد
قطعت رجله اليسرى فإن عاد ضمنته السجن حتى
يحدث خيرا إني لأستحيي من الله أن أدعه ليس له يد
يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي بها ومن طريق
محمد رواه الدارقطني وروى عبد الرزاق في مصنفه
عن الشعبي قال كان علي لا يقطع إلا اليد والرجل وإن
سرق بعد ذلك سجنه ويقول إني لأستحيي من الله
أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي وقول ابن عباس كقول
علي رواه ابن أبي شيبة وأخرج البيهقي عن عبد الله
ابن سلمة عن علي أنه أتي بسارق فقطع يده ثم أتي به
فقطع رجله ثم أتي به فقال أقطع يده بأي شيء يتمسح
به وبأي شيء يأكل أقطع رجله على أي شيء يمشي إني لأ

لا استحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وفي تتبع
ابن عبد الهادي عن ابي سعيد المقبري قال حضرت
علي ابن ابي طالب اتي برجل مقطوع اليد والرجل قد
سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه
يا امير المؤمنين قال اقتله وما عليه القتل باي شي
ياكل الطعام باي شي يتوضا للصلاة باي شي يغتسل
من جنابته باي شي يقوم على حاجته فرده الى السجن
اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل
قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده
جلدا شديدا ثم ارسله وروى ابن ابي شيبة عن ابي
خالد عن حجاج عن سماك عن بعض الصحابة ان عمر
استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي وروى
ايضا عن ابي اسامة عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر
عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد
فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه ياكل
بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين
وللحرج عن النخعي قال كانوا يقولون لا يترك ابن ادم
مثل البهيمة ليس له يد ياكل بها ويستنجي بها انتهى
ولعلهم حملوا قطع النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر
على السياسة كما حملوا قتله في الخامسة عليها اجماعا
ثم رايت بعض المحققين ذكر انه لا شك في ثبوت
هذه المرويات وهي تستلزم نسخ مروي الابتداء على
اربعة السارق على تقدير ثبوتها وانه كان لمعنى زائدة
في السارق بدليل امر النبي صلى الله عليه وسلم بقتله
من اول سرقته انتهى ولا يبعد ان يكون ما اخذ المرتفي

هو تبيان السرقة الصغرى بالكبرى حيث اشتمل
فيهما مع عدم جزمها على قطع ايديهم وارجلهم من خلاف
ويشترط في قطع السارق خصومة المالك وطلبه القطع
وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وابو ثور وابن المنذر
وابن ابي ليلى وابو بكر الحنبلي لا يشترط لان القطع حق
الله كحد الزنا ولنا ان مع عدم الخصومة والمطالبة
يتمكن شبهة ان مالكه اباحه او وقفه على المسلمين
وشبهة اذن الدخول في الحرز فاعتبرت المخاصمة
والمطالبة دفعا لذلك اما الزنا فلا يباح بالاباحة فلا
يتمكن فيه هذه الشبهة وعلى هذا الخلاف لو غاب
المالك عند القطع فعندنا وعند الشافعي واحمد لا يقطع
وعند مالك ومن ذكر معه يقطع وخصومة ذي يد حافظ
كالمودع ونحوه وهو المستعير والمستاجر والمضارب
والمرتهن والاب والوصي ومتولي الوقف فان السارق
يقطع بخصومة هؤلاء عند علمائنا الثلاثة وقال
الشافعي لا حق في الخصومة لغير المالك والوكيل والمودع
والمرتهن وما قطع السارق بها ان بقي ولو في يد من باعه
او وهبه له رد الى المالك اجماعا ويبطل البيع او الهبة
ان كان لانه بالسرقة لم يزل عن ملكه ومن وجد عين
ماله فهو احق به والا اي وان لم يبق ما قطع السارق
به سواء هلك او استهلك لا يضمن وقال الشافعي
واحمد وابو ثور والنخعي وحماد والحسن واسحق والليث
يضمن في الحالتين فيجب على السارق رد قيمة المسروق
ان كان قيميا ورد مثله ان كان مثليا لعموم قوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم

ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال
علماونا والثوري لا يجتمع الضمان مع القطع بل ان ضمنه
المالك قبل القطع سقط القطع وان قطع سقط الضمان
وبه قال عطا وابن سيرين وابن شبرمة والشعبي و
ومكحول وقال مالك ان كان السارق معسرا لا ضمان
عليه وان كان موسرا يضمن نظرا للجانبين ولنا ما روى
النسائي لكن باسناد فيه مجهول عن عبد الرحمن ابن
عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم
صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد قال النسائي وهذا
مرسل وليس بثابت واخرجه الدارقطني في سننه بلفظ
لا غرم على السارق بعد قطع يمينه قال والمسور لم يدرك
عبد الرحمن بن عوف فان صح اسناده فهو مرسل وقد
تقدم ان الارسال غير قادح عندنا بعد ثقة الراوي
وامانته وروى الحسن عن ابي حنيفة وجوب الضمان
في المستهلك ومعصوم اي مسلم او ذمي وهو مبتدا اضفته
قطع الطريق بصيغة الفاعل على معصوم فاخذ
بصيغة المجهول عطف على قبل قبل اخذ مال وقتل
حبس اي بعد التعزير وهو خبر المبتدا حتى يتوب
اي يظهر فيه سيما الصالحين وقال النخعي وقتادة
وعطا واحمد ينفى قاطع الطريق عن الامصار وقال
طائفة من اهل الكتاب وهو مروي عن ابن عباس
ينفى من بلده الى بلد غيره وقال مالك وابن سريج
من اصحاب الشافعي يحبس في البلد الذي ينفى اليه ولنا
ان ظاهر الاية يدل على النفي من جميع الارض وهو لا
يمكن ونفيه عن بلده لا يحصل به المقصود وهو كف

اذاه عن الناس ونفيه عن دار الاسلام الى دار الحرب
فيه تعريضه للردة وصيرورته حربا لنا فقلنا المراد
بنفيه من الارض دفع شره بالحبس اذ المحبوس يعد
خارجا من الدنيا قال الشاعر شعر

• خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها • فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

ثم لقطاع الطريق شرائط منها ان يكون لهم شوكة ومنعة
وقوة سواء كانت بالسلاح او بالعصا الكبيرة او بالحجر
او بغيره ولو كان واحدا ومنها ان يكون ذلك منهم
خارج المصر بعيدا عنه حتى لو كان في المصر او بقرب
منه او بين قريتين لا يكون قطعا للطريق خلافا
لمالك والشافعي وتوقف احمد وعن ابي يوسف
انهم ان كانوا في المصر ليلا او فيما بينه وبين المصر
اقل من مسيرة سفر يجري عليهم احكام القطاع
وعليه الفتوى لمصلحة الناس ومنها ان يكون المأخوذ
قدر النصاب وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وابو
ثور وابن المنذر لا يشترط النصاب لعموم الاية
ومنها ان يكون القطاع كلهم اجانب من المال ويكون
كلهم من اهل وجوب القطع حتى لو كان واحد منهم من
اصحاب المال او ذا رحم محرم من واحد منهم او صبيا
او مجنونا لا يجب عليهم القطع لان الجناية واحدة فالامتناع
في حق البعض امتناع في حق الباقين خلافا لابي يوسف
ومالك والشافعي واحمد ولو كان فيهم امراة ففي رواية
يقطع وبه قال مالك والشافعي واحمد والاصح انها
لا تقطع ومنها ان يؤخذوا قبل التوبة حتى لو اخذوا
بعدها وبعد رد المال سقط عنهم الحد ولا خلاف فيه

ولكن لا يسقط القصاص وضمان المال المهلك **وان اخذ**
مالا المسلم او ذمي سواء جرح اولا **ولا يصيبه كل نصاب**
بقطع يده ورجله من خلاف بان قطع يده اليمنى ورجله
اليسرى لئلا تفوت جنس المنفعة **وان قتل بلا اخذ**
مال قتل حدا لا قصاصا حتى لا يعفو الولي **وان قتل**
معه اي مع اخذ المال **قتل او صلب** حيا في ظاهر
الرواية ثلاثة ايام ويبعج بطنه برمح حتى يموت
اي شق **او قطع** يده ورجله من خلاف **ثم قتل او صلب**
كما ذكرنا وهذا موافق لجامع البزدوي وفي الهداية
وصلب بالواو وكل منهما للامام فعله ثم يترك بعد ثلاثة
ايام ويخلى بينه وبين اهله ليدفنوه لانه لو ترك لتغير
وتاذى الناس به وقيل يرى ابو يوسف تركه مصلوبا
حتى يسقط ليكون ابلغ في الاعتبار وقال محمد يقتل
او يصلب ولا يقطع ولا يقطع وفي عامة المباسيط وشروح
الجامع ابو يوسف ان الامام لا يترك مع محمد وبه قال
الشافعي واحمد في رواية ومالك ان كان ذا راي وعن
وعن ابي يوسف ان الامام لا يترك الصلب لانه المنصوص
عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره وبه
قال الشافعي واحمد وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب
توقيا عن المثلة وبه قال الشافعي واحمد والاصل
في ذلك قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع
ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض ذلك لهم خزي
في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا
من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم

اي

اي يحاربون الله اولياء الله على حذف مضاف ثم المراد
باو والله اعلم التوزيع على الاحوال لان الجنايات متفاوتة
والحكم يقتضي ان يتفاوت وجزاؤها وانما لم يذكر انواع
الجناية لانها معلومة فكان بيان جزائها اهم وبه قال
الشافعي والليث واسحاق وحماد وقتادة واصحاب
احمد وروي عن ابن عباس وقال ابن المسيب وعطا
ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابو ثور وداود
ان الامام مخير فيه لظاهر النص وذكر التمرتاشي
ان الاحوال عندنا خمس الاولى تخويف فقط وفي هذا
يعزروا ادنى التعزير ويحبسوا حتى يتوبوا والثانية
اخذ المال فان اخذوا قبل التوبة قطعت ايديهم
وارجلهم من خلاف وردوا المال ان كان قائما ولم يضمنوه
ان كان هالكا وان اخذوا بعد التوبة سقط القطع
وردوا المال ان كان قائما وضمنوا ان كان هالكا والثالثة
ان يجرحوا لا غير فيه القصاص فيما يجري فيه
القصاص والارش فيما لا يجري فيه واستيفاء ذلك
لصاحب الحق والرابعة ان ياخذوا المال ويجرحوا
وفي هذا القطع من خلاف فقط ولا حكم للجرح عندنا
لانه حكم ما دون النفس عندنا كحكم المال فيسقط ضمانه
مع القطع والخامسة ان ياخذوا المال ويقتلوا او
يقتل احدهم معصوما بسلاح او غيره والامام هنا مخير
كما ذكرنا في المتن

كتاب الجهاد

هو لغة مصدر جاهد مجاهدة ومنه قوله تعالى وجا هدوا
في الله حق جهاده وهو اعم من المقاتلة لحديث رجعنا
من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر وشرعا دعا الى الدين

الحق وقتال من لا يقبله ويسمى كتاب السير لانه يبين
فيه سيرة المسلمين في مقاتلتهم اهل الحرب واهل الذمة
والمستامنين وهو فرض عين ان هجم الكفار على بلد
وصار النفير عاما ولا انتفاع بهم الا بالكل فتخرج المراة
والعبد بلا اذن من الزوج والسيد لان حق الزوج والمولى
لا يظهر في حق فروض الاعيان كالصلاة والصيام
وكذا يخرج الولد بغير اذن والديه والمديون بغير اذن
دائنه وفي غير هذه الحالة لا يخرجان الا باذنهما وكذا
في كل سفر فيه مشقة لان الانفاق على الولد مضر
بوالديه وعلى المديون مضر بدائنه والاصل في ذلك
قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم
وانفسكم في سبيل الله ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون
اي اخرجوا الى الجهاد شبانا وشيوخا او ركبانا
ومشاة او عزابا ومتاهلين او اغنياء وفقراء وفرض
كفاية بدءا اي ابتداء وهو ان يبدا المسلمون الكفار
بالمحاربة كل سنة ان قام به بعض من المسلمين
سقط عن الباقين لحصول المقصود والا اي وان لم
يقم به البعض اثموا اي اثم كل المسلمين بتركه
لانه فرض عليهم وفي الذخيرة عند النفير العام يصير
فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون
على الجهاد واما من عداهم ممن بعد ففي حقهم فرض
كفاية اذا لم يحتج اليهم فاذا احتيج بان عجز القريب او
تكاسل ولم يجاهد يصير فرض عين على من يليهم ثم وثم
الى ان يفترض على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا
على هذا التدريج كالصلاة على الميت يجب على
اهل

اهل محلته ولا يجب على بعد من الميت الا اذا علم ان
اهل الميت يضيعونه او عاجزون عن اقامتها
وقال ابن المسيب الجهاد ابتداء فرض عين وقال
الثوري ليس بفرض وقوله تعالى كتب عليكم
القتال للندب كقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر
احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين
بالمعروف ولنا قوله تعالى لا يستوي القاعدون
من المومنين غير اولي الضرر والمجاهدون في سبيل
الله باموالهم وانفسهم فضل الله المجاهدين باموالهم
وانفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى
ولو كان فرض عين لزم تاركه ولم يوعد بالحسنى وايضا
كانت الصحابة يغزو بعضهم ويقعد البعض ولو كان
فرض عين لما قعدوا وروى ابو داود انه عليه السلام
قال لا تزال طائفة من امتي يقاتلون على الحق
ظاهرين على من ناواهم حتى يقاتل اخرهم المسيح
الدجال وفي المتفق عليه والذي نفسي بيده لولا
ان رجالا من المومنين لا تطيب انفسهم ان يتخلفوا
عني ولا اجد ما احملهم عليه ما تخلفت عن سرية
تغزو في سبيل الله وفيه ايضا من جهز غازيا في سبيل
الله فقد غزا ومن خلف غازيا في اهله فقد غزا
ولان المقصود اعلاء كلمة الله وقهر اعدائه وذلك
يحصل بالبعض كصلاة الجنازة ورد السلام وعليه
انعقد اجماع علماء الاعلام وفي المبسوط والذخيرة كان
صلى الله عليه وسلم في ابتداء الامر مامورا بالصفح
عن المشركين والاعراض عنهم بقوله تعالى فاصفح

الصفح الجميل وقوله واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء
الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة بقوله تعالى
ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم
بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم
بقوله سبحانه اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن
لهم في الدفع ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان
وهو غير الاشهر الحرم لقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر
الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم امر بالقتال
في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم
حتى لا تكون فتنة وقوله قاتلوا الذين لا يومنون بالله
ولا باليوم الاخر وقاتلوا المشركين كافة ومما يدل على ان
تحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ انه عليه السلام
حاصر الطائف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة
نوع من المقاتلة **لا على صبي** اي لا يفترض الجهاد على
صبي لضعف بنيته **وعبد وامراة** لتقدم حق المولى
والزوج ولضعف بنية المراة **واعمى ومقعد واقطع**
لعجزهم والشيخ الكبير في معناهم لقوله تعالى
لا يستوي القاعدون من المومنين غير اولي الضرر الاية
ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج
فيحاصرهم الامام او نائبه اذا دخل ارضهم **ويدعوهم
الى الاسلام** وجوبا او ندبا لما سياتي فان اجابوا كفّ عنهم
لما في الصحيحين عن ابي هريرة ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله فمن قالها عصم مني ماله ونفسه الا بحقه
وحسابه على الله وروى احمد وعبد الرزاق في مصنفه
عن

عن سفيان الثوري عن ابن ابي نجيح عن ابيه عن
ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم قوما حتى دعاهم **فان ابوا** عن الاسلام **فالى
الجزية** اي فيدعوهم الى قبول الجزية لما رواه احمد
ومسلم والترمذي وصححه انه عليه السلام كان اذا
امر اميرا على جيش او سرية امره به وهذا ان كانوا
ممن تقبل منهم الجزية واما من لا يقبل كالمرتدين
وعبدة الاوثان من العرب الذين لا يقبل منهم
الا الاسلام فلا فائدة في دعائهم الى الجزية **فان
قبلوا** اعطاء الجزية **فلهم ما لنا** وليس معناه انه
يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا
لان الكفار لا يخاطبون بالعبادات عندنا **وعليهم
ما علينا** اي اذا تعرضنا لدمائهم واموالهم او تعرضوا
لدمائنا واموالنا لقول علي من كانت له ذمتنا
فدمه كدمنا وديته كديتنا رواه الدارقطني وفي اسناده
ابو الجنوب واما ما في الهداية لقول علي انما بذلوا
الجزية من قبول اعطاء الجزية **بقاتلهم** اي الامام
بما يهلكهم من رمي بمنجنيق وتحريق بنار وتغريق
بماء ولو كان معهم مسلم وقال مالك والشافعي واحمد
اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل
لان يخاف انهزام المسلمين اذا لم يفعل ولنا انه
لو اعتبر هذا المعنى لانسد باب القتال معهم لان
حصونهم ومدائنهم قلّ ما يخلوا عن مسلم واما لو غلب
على حصنهم ويكون فيهم ذمي مجهول لا يعرف بعينه
فلا يجوز قتل العام ولو تترسوا باسارى من المسلمين

او بصبيان منهم لم نكف عنهم ونقصدهم دون من تترسوا
به لانه يلزمنا التمييز فعلا ان قدرنا عليه ولا يلزمنا
نية اذ الطاعة بحسب الطاقة ولا دية علينا ولا
كفارة فيما اصبنا منهم لان الجهاد فرض فيمنع كون الفعل
تعديا وقال مالك والشافعي واحمد اذا لم تدع الضرورة
الى رميهم لم يجز رميهم هذا وقال الواقدي في كتاب
المغازي قال سلمان الفارسي يا رسول الله ارى ان
ان تنصب عليهم المنجنيق فانا كنا بارض فارس
ينصب المجانيق على الحصون فيصيب من عدونا
وان لم يكن منجنيق طال المقام فامره رسول الله صلى
الله عليه وسلم فعمل منجنيقا بيده فنصبه على حصن
الطايف والمنجنيق ويكسر ميمه الة يرمى بها الحجارة
معربة وقد تذكر فارسيها من وجه نيك اي ما
اجودني وروى الجماعة الا البخاري عن سليمان ابن
بريدة قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر
اميرا على جيش او سرية اوصاه خاصة بتقوى الله
وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا بسم الله في
سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا
تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك
من المشركين فادعهم الى ثلاثة خصال او خلال
فايتهن اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم
الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم
ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين
واخبرهم انهم ان فعلوا ذلك فلهم ما للمهاجرين وعليهم
ما على المهاجرين فان ابوا ان يتحولوا منها فاخبرهم انهم

يكونون

304

يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي
يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الغنيمة والفيء
شيء الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فهم
فسلهم الجزية فان هم اجابوك فاقبل منهم
وكف عنهم فان هم ابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا
حاصرت اهل حصن فارادوك ان تجعل لهم
ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله
وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة اصحابك
فانهم ان تخفروا ذممكم وذمة اصحابكم اهون
من ان تخفروا ذمة الله وذمة رسوله واذا حاصرت
اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله
فلا تنزلهم على حكم الله ولكن انزلهم على حكمك
فانك لا تدري اتصيب حكم الله فيهم ام لا ثم اقضوا
فيهم بعد ما شئتم فلو نزل اهل حصن على حكم الله
تخير ابو يوسف القتل والاسترقاق والتخيير
ذمة لنا وعند محمد التخيير لان الانزال على حكم
الله لا يجوز عنده لما رويناه وفي اوله وان اخطاء
الامام وانزلهم على حكم الله ينبغي له ان يعرض
عليهم الاسلام فان اجابوا لذلك فبها وان ابوا
يضرب عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج ولا
يقتلهم ولا يسترقهم ولابي يوسف انهم اهل حرب
وحكم الله فيهم معلوم وما روي كان في ابتداء
الاسلام وبما استقر الشرع على هذه الثلاثة
علم حكم الله فيهم وهو احد هذه ولكن للامام
خيار التعيين وروى احمد في مسنده والحاكم

في مستدركه عن سلمان انه انتهى الى حصن او مدينة
فقال لاصحابه دعوني ادعوهم كما رايت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يدعوهم فقال لهم انما كنت رجلا
منكم فهداني الله للاسلام فان اسلمتم فلكم ما لنا وعليكم
ما علينا وان ابيتم فادوا الجزية وانتم صاغرون
فان ابيتم نابذناكم على سواء ان الله لا يحب الخائنين
فعل ذلك بهم ثلاثة ايام فلما كان في اليوم الرابع امر
الناس فغدوا اليها ففتحوها وروى الستة قوله عليه
السلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن انك تقدم على قوم
اهل كتاب فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله فان
اسلموا فبها وان لم يسلموا فادعهم الى الجزية الحديث
ولا يجوز ان يقاتل من لم يبلغه الدعوة الى الاسلام الا بعد
ان يدعوهم ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم ويستحب
ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار الا
اذا علم انهم بالدعوة يستعدون او يحتالون بحيلة او
يتحصنون لان الدعوة مستحبة ودفع الضرر واجب
وفي المحيط بلوغ الدعوة اما حقيقة او حكما بان
استفاض شرقا وغربا انهم الى ماذا يدعون وعلى
ماذا يقاتلون فاقيم ظهور الدعوة مقامها في حق
كل مشرك لما روى الشيخان عن ابن عون قال
كتبت الى نافع اساله عن الدعاء قبل القتال فكتب
الي انما ذلك في اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى
الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون اي
غافلون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم
وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث

وقطع

وقطع شجرهم وزرعهم اي يقاتلهم بما يهلكهم ويقطعهما
وعن الشافعي في قول واحمد في رواية انه لا يفعل بهم
ذلك الا ان كانوا يفعلونه بنا ولنا ما روى اصحاب
الكتب الستة عن الليث بن سعد عن نافع عن
ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع نخل بني
النضير وحرق وهي البويرة بالتصغير وفيها نزلت
ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها
الاية وفيها يقول حسان بن ثابت شعر
وهان على سراة بني لوي • حريق بالبويرة مستطير •
وفي المحيط وينبغي للامام اذا تيقن بالفتح بدون
التغريق والتحريق ان لا يفعل ولا غدر اي بقتالهم
بلا ابانة ونقض عهد وفي المحيط وهذا بعد الظفر
واعطاء الامان واما قبلها فلا باس به يعني لقوله
عليه السلام الحرب خدعة واما قول صاحب الهداية
ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر لقوله عليه السلام
في العهود وفاء لا غدر فرفعه غير معروف انه هو
من كلام عمرو بن عبسة كما رواه سليم ابن عامر
قال كان بين معاوية والروم عهد وكان يسير
في بلادهم حتى انقضى العهد اغار عليهم واذا رجل
على دابة او فرس وهو يقول الله اكبر وفاء لا غدر
واذا هو عمرو بن عبسة فساله معاوية عن ذلك
فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يحلن عهدا
ولا يشدنه حتى يمضي امده او ينبذ اليهم على سواء
قال فرجع معاوية بالناس رواه ابو داود والنسائي

والترمذي وهذا لفظه وقال حسن صحيح **ولا غلول** وهو
السرقة من المغنم **ولا مثلة** بالضم وهي كقطع عضو
وتسويد وجه وقد شق النهي في حديث بريدة عن هذه
الاشياء لان قبل روى الشيخان في كتاب الحدود عن
قتادة عن انس ان نفرا من عكل ثمانية وفي لفظ ان
ناسا من عرينة قدموا على رسول الله صلى الله
عليه وسلم فبايعوه على الاسلام فاستوخموا الارض
وسقمت ابدانهم فشكوا ذلك الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال الا تخرجون مع راعينا في ابله
فتصيبون من ابوالها والبانها قالوا بلى يا رسول
الله صلى الله عليه وسلم فخرجوا فشربوا من
ابوالها والبانها فصحوا ثم مالوا على الرعاة
فقتلوهم وارتدوا عن الاسلام واستاقوا
ذود رسول الله صلى الله عليه وسلم اي ابله
فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فبعث في
اثرهم فاتي بهم فقطع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم
وتركهم في الحرة حتى ماتوا وفي لفظ والقوا في الحرة
يستسقون فلا يسقون ولم يحسمهم حتى ماتوا
وفي لفظ فقطع ايديهم وارجلهم ثم امر بمسامير
فاحميت ثم كحلهم بها وفي لفظ وتركهم بالحرة يعضون
الحجارة وهذا يدل على جواز المثلة اجيب بانه
محمول على النسخ فان في اخر الحديث قال قتادة
وبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان بعد ذلك يحث على الصدقة وينهى عن المثلة
وفي لفظ لهما قال قتادة فحدثني محمد بن سيرين ان

ذلك

ذلك كان قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس
فما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد هذا
خطبة الا نهى فيها عن المثلة وممن قال بنسخه الشافعي
وروى الواقدي في كتاب المغازي عن ابن اسحاق عن
صالح مولى التوأمة عن ابي هريرة قال لما قطع النبي صلى
الله عليه وسلم ايدي اصحاب اللقاح وارجلهم وسمل
اعينهم نزلت هذه الاية انما جزاء الذين يحاربون الله
ورسوله الى اخر الاية قال فلم تسمل بعد ذلك عين قال
وحدثني ابو جعفر قال لما بعث النبي صلى الله عليه
وسلم بعد ذلك بعثا الا نهاهم عن المثلة او محمول على
انه فعل بهم ما فعلوا بالرعاء وقد جاء مصرحا عند مسلم
عن انس قال انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعين
اولئك لانهم سملوا اعين الرعاء وروى ابن سعد في خبرهم
انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه
وعينه حتى مات وعلى هذا ما فعل بهم ليس بمثلة فان
المثلة ما كان ابتداء من غير جزاء **ولا تقتل عاجزا عن
القتال** كالصبي والمجنون والاعمى والمقعد والمرأة
والشيخ الذي لا يقدر على الصياح عند التقاء الصفين
الا ملكة او مقاتلا **او ذا راي في الحرب او ذا مال
يحث به** على القتال لتعدي ضررهم الا ان الصبي
والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس
بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة روى الجماعة
الا ابن ماجه عن نافع عن ابن عمر ان امراة وجدت في
بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة
فنهى عليه السلام عن قتل النساء والصبيان وفي لفظ

للشيخين فانكر قتل النساء والصبيان وروى ابو داود عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا بسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وقد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل دريد بن الصمة يوم حنين وكانوا احضروه معهم ليدبر امرهم وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل كان ابن مائة وستين وقيل كان اعمى ايضا **ولا يقتل اب كافر بدءا** اي ابتداء لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا وليس من المعروف فيهما ان يقتلهما فيقيد بالبدء لان الابن له قتل ابيه الكافر اذا قصد قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لان مقصوده الابن حينئذ الا ترى ان الاب المسلم لو شهر سيفه على ابنه بحيث لا يمكن الابن دفعه الا بقتله له ان يقتله فالكافر اولى ولو كان الاب والابن في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي لاحدهما للابن ان يشربه وان كان الاب يموت عطشا فكذا هذا وحكم الام والجد والجدة كالاب ولو كان الكافر اخا للمسلم مع المجاهد كان له ان يقتله ابتداء بخلاف الباغي اذا كان اخا للطايع حيث لا يجوز للطايع قتله باتفاق وعند الشافعي يكره له ان يقتل ذا رحم محرم وفي ذي رحم غير محرم وجهان احدهما يكره والاخر لا يكره ومذهب مالك واحمد كمذهبنا ولا يكره للاب قتل ابنه الكافر ابتداء وعند الشافعي يكره **ولا اخراج مصحف وامراة**

الا

الا في جيش يؤمن فيه عليهما لان الغالب حينئذ السلامة والغالب كالمتحقق بخلاف الجيش الذي لا يؤمن فيه عليهما وهو السرية لان في اخراجهما تعريض المصحف للاستخفاف وتعريض المراة للفساد والضياع وقد روى الجماعة الا الترمذي عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يسافر بالقران الى ارض العدو وفي لفظ لمسلم عنه ايضا قال قال عليه السلام لا تسافروا بالقران فاني لا امن ان يناله العدو ويجوز للعجايز ان يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة لان خروج النساء مع النبي صلى الله عليه وسلم لذلك مشهور ولا يباشرن القتال لانه يدل على ضعف الا للضرورة وكره الجعل ان وجد للمسلمين فيء فليس للامام ان يفرض الجعل على الناس للذين يخرجون الى الجهاد وهذا لانه يشبه الاجرة على الطاعة وحقيقة الاجرة حرام فما يشبهها يكره ولان مال بيت المال معد لنوايب المسلمين وهذا من جملتها فعلى الامام كفايتهم منه واما ان لم يوجد فيء فلا باس بتقوية القاعد المجاهد لقول ابن عباس انه عليه السلام استعار من صفوان ابن امية ادرعا وسلاحا في غزوة حنين فقال يا رسول الله عارية مؤداة قال نعم رواه احمد والحاكم وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ورواه ابن حبان في صحيحه عن صفوان ابن امية قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اتتك رسلي فاعطهم ثلاثين بعيرا وثلاثين درعا قال قلت اعارية مؤداة يا رسول

قال نعم وكان عمر يغزي العرب عن ذي الحليلة ويأخذ
فرس المقيم فيعطيه المسافر رواه ابن ابي شيبة والواقدي
ولانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما مفروضان
واحوال الناس في الجهاد تتفاوت فمنهم من يقدر عليه
بالنفس والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر بالنفس
والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر عليه بالنفس
بالقربة دون المال لفقره ومنهم من يقدر عليه
بماله دون النفس لعجزه فيجهز الغني الفقير
بماله الفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا
بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد
بعضهم بعضا ويصالحهم بلا مال على مدة يراها
ان كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى وان
جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وقد صالح
رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ان
يضعوا الحرب عشر سنين كما روى ذلك ابو داود
في ذلك نظر للمسلمين لانه كان بين اهل مكة وبين اهل
خيبر مواطاة اي موافقة وفي نسخة مواطاة ويصالحهم
بمال يؤخذ منه للمسلمين عند الحاجة لانه لما جازت
المصالحة بغير مال فبالمال اولى وقيد بالحاجة
لانه لو لم يكن لهم حاجة لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة
ومعنى ولقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم
وانتم الاعلون ثم المأخوذ من المال يصرف مصارف
الجزية اذا لم ينزل المسلمون بساحتهم بل ارسلوا
رسولا لانه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية واما اذا نزلوا
بدار الحرب واحاطوا بهم ثم صالحوهم على مال فهو

غنيمة

غنيمة يخمسها الامام ويقسم الباقي بينهم لكونه مأخوذا
بالقهر ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بما يأخذونه
من المسلمين لا يفعل ذلك الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق ف
المذلة بالمسلمين الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك بأي
طريق امكن واجب وقد اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم الاحزاب ان يصرف الكفار عن المسلمين بثلث ثمار
المدينة كل سنة فقال سعد ابن معاذ وسعد بن عبادة
يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض بما امرت
به وان كان لما رأيته فقد كنا في الجاهلية لم يكن لنا ولهم
دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشراء او قرى فاذا
اعزنا الله وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم
الا السيف فقال عليه السلام اني رأيت العرب رمتكم
عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم
ذلك فانتم وذاك وينبذ اي يطرح الامام او نائبه
صلحهم ان كان هو اي النبذ انفع لان المصلحة لما تبدلت
كان النبذ جهادا صورة ومعنى وتركه ترك للجهاد صورة
ومعنى ثم لا بد من اعلامهم بالنبذ بقوله تعالى
واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء ان
الله لا يحب الخائنين اي على سواء منهم في العلم
بذلك ونحوه عن الغدر لقوله عليه السلام لكل غادر
نلهم لواء يوم القيامة يعرف به رواه احمد والشيخان ويقا
تل نبذ ان خانوا لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض
ولو ضيحة انه يقاتلهم بلا نبذ ان خان ملكهم او واحد
منهم بعلمه لانه عليه السلام غزا قريشا بلا انذار
اليهم لما نقضوا العهد الذي جعل بينه وبينهم في عام

الحديبية وصح صلح المرتد بلا مال وكذا الباغي لان
الاسلام من المرتد مرجو وكذا الرجوع الى الحق من
الباغي فجاز تاخير القتال عنهم طمعا فيه اذا كان في التاخير
مصلحة للمسلمين كما في اهل الحرب واما لا يوخذ منهم
مال لان اخذ يشبه اخذ الجزية مع جهة ان كلا منهما
في مقابلة ترك القتال وهم لا يقبل منهم الجزية فكذا
هذا وان اخذ المال من المرتد على الصلح لا يرد عليه لان
اموالهم غير معصومة فجاز اخذها ابتداء بغير رضاهم
ولان في الرد عليهم معونة لهم ولا يباع سلاح وحديد
وخيل منهم لما روى الطبراني في معجمه والبيهقي في سننه
عن عمران ابن حصين ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة ولان فيه تقوية
لهم على الحرب ولو كان البيع بعد صلح لان الصلح على
شرف النقض او الانقضاء ولا يمنع احد من ادخال
الطعام والثياب بلادهم والقياس ان يمنع لان فيه
تقويتهم الا انا تركناه لما رواه البيهقي في دلائل النبوة
عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي اخرها فقال
اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا
وامنت به والذي نفس ثمامة بيده لا ياتيكم حبة
من يمامة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى
بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسالونه بارحامهم
ان يكتب الى ثمامة يخلي اليهم حمل الطعام ففعله
عليه السلام ولو شرطوا في الصلح ان يرد عليهم الامام
من جاء منهم مسلما بطل الشرط عنه وبه قال
مالك

مالك وقال الشافعي واحمد في رواية يجب الوفاء به في
الرجال دون النساء لان سهيلا شرط على النبي صلى
الله عليه وسلم في صلح الحديبية ان من جاء منهم اليه
ان يرده اليهم ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم
المومنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بايمانهن
فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن الى الكفار
والشرط الذي وقع في صلح الحديبية انفسخ بما تلونا
لانه كان شاملا للذكور والاناث وصح امان حر وحرة
لكافر او لجماعة او لاهل حصن او مدينة مؤبدا ومؤقتا
لما روى البخاري في الجهاد ومسلم في الحج من حديث علي
ابن ابي طالب قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم
الا القران وما في هذه الصحيفة قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم المدينة حرم فمن احدث فيها حدثا او اوى
محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل
الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة
يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه لعنة الله والملا بكة
والناس اجمعين لا يقبل منه يوم القيامة لا صرفا ولا
عدلا والذمة العهد وعدناهم اقلهم وهو الواحد
من الدنيا وفسره محمد بالعبد لجعله من الدناءة واخفرته
اذا نقضت عهده وغدرت به اما امان الحر فلانه
من اهل القتال ومنعة الاسلام واما امان الحرة
فلما في الصحيحين ان ام هانئ قالت يا رسول الله زعم
ابن امي علي انه قاتل رجلا قد اجرته فلان بن هبيرة
فقال عليه السلام قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت
وفي معجم الطبراني عن انس بن مالك ان زينب رسول

الله صلى الله عليه وسلم اجارت ابا العاص فاجاز النبي صلى
الله عليه وسلم جوارها وان ام هاني بنت ابي طالب
اجارت عقيلا فامضى النبي صلى الله عليه وسلم جوارها
وبالتجبير على المسلمين اذ نافهم وان كان امان الحر او الحرة
شرا نبذ الامام او تأبيه الامان رعاية لمصلحة المسلمين
وتحرزا عن الغدر وادب الحر او الحرة لاستبداده برايه
في الحرب دون الامام بخلاف ما اذا كان الامان مضراه
حيث لا يؤدب واحد منهما لانه ربما يفوت بالتاخير
فيكون معذورا ولغا امان ذمي لانه يتهم لكونه يوافقهم
اعتقادا ويميل اليهم فسادا الا اذا امره مسلم ان يؤمنهم
فيجوز امانه لزوال ذلك المعنى براي المسلم وعن
مالك يصح امانه لان ذمته فكان تابعا للمسلمين
والمشهور عنه انه لا يصح ولغا امان اسير وامان تاجر
مسلم معهم وامان من اسلم ثمة اي في دار الحرب
ولم يهاجر الينا لان هؤلاء مقهورون تحت ايديهم فلا
يخافونهم والامان انما يكون من الخوف ولغا امان مسلم
اذا دخل عسكر اهل الحرب في دار السلام واهنهم لانه
مقهور بمنعتهم وشرط صيرورة دار السلام دار حرب
زوال امن المسلمين على اموالهم وانفسهم واتصال الدار
بالدار بلا فاصل بينهما وظهور احكام الكفر فيها
عند ابي حنيفة واكتفيا بالشرط الثالث وفي صيرورة
لهما دار حرب كعكسه وهو صيرورة دار الحرب
دار سلام فانه بظهور احكام الاسلام فيها من غير
شرط اخر ولغا امان صبي وامان عبد محجورين عن القتال
وامان مجنون لان قول الصبي والمجنون لا يعتبر كما في الطلاق

والقتال

والعتاق وقال محمد يصح امان الصبي المحجور وهو قول مالك
واحمد قيد بكونه محجورا عن القتال لانه لو كان ماذونا
له فيه فالاصح انه يصح امانه اتفاقا وقال محمد يصح
امان العبد المحجور عن القتال وهو قول ابي يوسف
فيما ذكر الكرخي وقول مالك والشافعي واحمد
لقوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم
ولما روى عبد الرزاق وابن ابي شيبة في مصنفيهما عن
معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي
قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا
فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان
نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا
فاستأمنوه فكتب اليهم في سهم امانا ثم رمى بها اليهم
فلما رجعنا اليهم خرجوا في ثيابهم ووضعوا اسلحتهم
فقلنا ما شأنكم قالوا امنتمونا واخرجوا الينا السهم
فيه كتاب امانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر
على شي قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان
فكتبنا الى عمر فكتب عمر ان عبد المسلم من المسلمين وامانه
امانهم ولابي حنيفة وابي يوسف ان الامان جهاد
معنى وهو محجور عليه عن الجهاد فيكون محجورا عليه
عن الامان وحديث الفضيل محمول على الماذون له في
القتال دون المحجور عليه فيه والله اعلم

فصل في المغنم وقسمته ما فتح من البلاد والاراضي
عنوة اي قهرا قسمه الامام بين الجيش كما فعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم بارض خيبر كما
سياتي او اقر اهله عليه بجزية على رؤوسهم وخراج على

اراضيهم كما فعل عمر بسواد العراق في جماعة من الصحابة
كما سيجي وقيل الاول هو الاولي عند حاجة الغانمين
والثاني عند عدم حاجتهم ليكون عدة في الزمان الاتي
وقال الشافعي واحمد يقسم الاراضي ولا يتركها في ايديهم
وقال مالك في المشهور عنه هي وقف علي مصالح
المسلمين وعنه ان الامام يقسمها كمذهب الشافعي
وعنه انه مخير كمذهبنا ولنا ما روي البخاري في
صحيحه عن اسلم ان عمر قال والذي نفسي بيده لولا ان
اترك اخر الناس ليس لهم شي ما فتحت علي قرية
الا قسمتها كما قسم رسول الله صلي الله عليه وسلم
خيبر ولكن اتركها لهم خزانة يقسمونها وفي الموطا
اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر يقول لولا
ان نترك اخر الناس لا شي لهم ما افتتح المسلمون قرية
الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلي الله
عليه وسلم خيبر سهمانا وروي ابو داود في سننه من
حديث سليمان بن بلال عن يحيي بن سعيد بن بشير
ابن يسار ان رسول الله صلي الله عليه وسلم لما افا الله
عليه خيبر قسمها ستة وثلاثين سهما جمع فعزل
للمسلمين ثمانية عشر سهما يجمع كل سهم مائة والنبي صلي
الله عليه وسلم معهم له سهم كسهم احدهم وعزل رسول
الله صلي الله عليه وسلم ثمانية عشر سهما وهو الشطر
الاخر لنوائبه وما ينزل من امر المسلمين فلما صارت الاموال
بيد النبي صلي الله عليه وسلم والمسلمون لم يكن لهم عمال
يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلي الله عليه وسلم
اليهود فعاملهم زاد ابو عبيد في كتاب الاموال

فعاملهم

فعاملهم علي نصف ما يخرج منها فلم يزل علي ذلك حياة رسول
الله صلي الله عليه وسلم وابي بكر حتي كان عمر وكثر العمال
في المسلمين وقووا علي العمل فاجلي عمر اليهود الي الشمال
وقسم الاموال بين المسلمين الي اليوم وروي ابن سعد
في الطبقات وابن زنجويه في كتاب الاموال في ترجمة
عثمان بن حنيف ان عمر ابن الخطاب وجه عثمان ابن
حنيف علي خراج السواد ورزقه كل يوم ربع شاة
وخمسة دراهم وامره ان يمسح السواد عامره وغامره
ولا يمسح سبخة ولا تلا ولا اجمة ولا مستنقع ماء ولا ماء لا
يبلغه الماء فمسح عثمان كل شي دون الجبل يعني حلوان
الي ارض العرب وهو اسفل الفرات وكتب الي عمر اني
وجدت كل شي بلغه الماء من عامر وغامر ستة وثلاثين
الف الف جريب وكان ذراع عمر الذي مسح به السواد ذراعا
وقبضة فكتب اليه عمر ان افرض الخراج علي كل جريب
عامر او غامر عمله صاحبه او يعطله درهما وقفيزا وافرض
علي الكرم علي كل جريب عشرة دراهم وعلي الرطاب
خمسة دراهم واطعمهم النخل والشجر وقال هذا قوة
لهم علي عمارة بلادهم وفرض علي رقابهم علي الموسر
ثمانية واربعين درهما وقال درهم لا يعوز رجلا في كل
شهر ورفع عنهم الرق بالخراج الذي وضعه في رقابهم
وجعلهم اكرة في الارض فحمل من خراج سواد الكوفة الي
عمر في اول سنة ثمانون الف الف درهم ثم حمل من قابل
مائة وعشرون الف الف درهم ثم لم يزل كذلك اي في
التزايد وفي المحيط ان الجريب ستون ذراعا بذراع الملك
كسري وهو يزيد علي ذراع العامة بقبضة انتهي في القفيز

وعلي من دونه ذلك اربعة وعشرين
درهما وعلي من لم يجد شيا اثني
عشر درهما صح

الهاشمي اربعة اسناء والمن ما بنات وستون درهما وفي كتب
السير والتواريخ ان عمر استشار الصحابة مرارا ثم جمعهم
فقال اما اني تلوت اية من كتاب الله استغنيت بها عنكم
ثم تلا قوله تعالى ما افاء الله على رسوله من اهل القرى
الى قوله تعالى للفقراء المهاجرين الى قوله والذين
تبوؤا الدار والايمان الى قوله والذين جاؤا من بعدهم فقال
ارى لمن بعدكم نصيبا في الفيء فلو قسمتها بينكم
لم يكن لمن بعدكم في الفيء نصيب فمن بها عليهم وجعل
الجزية على رؤسهم والخراج على اراضيهم ليكون ذلك
لهم ولمن ياتي بعدهم من المسلمين ولم يخالفه في ذلك الا نفر
يسير منهم بلال ولم يزالوا على خلافه حتى دعا عليهم
على المنبر اللهم اكفني بلالا واصحابه فما حال عليهم الحول
وفيهم عين تطرف اي ماتوا جميعا **وقتل الاسارى**
اذا لم يسلموا سواء كانوا من مشركي العرب او من المرتدين
او من غيرهم او **استرقهم او تركهم احرارا ذمة لنا** الى مضروبا
عليهم الجزية اذا كانوا من غير مشركي العرب وغير المرتدين
اما القتل فلانه يحسم مادة فسادهم ولانه عليه السلام
قتل اسارى بني قريظة وكانوا ما بين الثمانمائة والتسعمائة
واما الاسترقاق او تركهم احرارا اهل ذمة لنا فلان في ذلك
منفعة للمسلمين مع دفع شرهم ولما فعل عمر باهل سواد
العراق فيد نا بعد اسلامهم لان الامام ليس له فيما اسلم
منهم الا الاسترقاق لان قتل الاسير ووضع الجزية عليه
بعد اسلامه لا يجوز وقيدنا الاسترقاق او تركهم احرارا
بغير المشركين وغير المرتدين لان هاتين الفرقتين ليس
فيهم اذا لم يسلموا الا القتل روى الشيخان عن انس ان

النبي

النبي صلى الله عليه وسلم دخل عام الفتح وعلى راسه مغفر فلما
نزعه جاءه رجل فقال يا رسول الله ابن خطل متعلق
باستار الكعبة فقال اقتلوه وروى اصحاب السنن الاربعة
عن عطية القرظي قال كنت فيمن اخذ من سبي قريظة فكانوا
يقتلون من انبت ويتركون من لم ينبت فكنت فيمن ترك
وروى البيهقي في دلائل النبوة عن جابر قال رمي سعد ابن
معاذ يوم الاحزاب فقطعوا اكحله فحسمه رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالنار فانتفخت يده فتركه فنزفه الدم
فحسمه اخرى فانتفخت فلما راى سعد ذلك قال
اللهم لا تخرج نفسي حتى تقر عيني من بني قريظة فاستمسك
عرقه فما قطر قطرة حتى نزلوا على حكم سعد بن معاذ
فارسل اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم ان
يقتل رجالهم ويسبي نساؤهم وذراريهم يستعين
به المسلمون فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لسعد لقد اصبت حكم الله فيهم وكانوا اربعمائة
فلما فرغ من قتلهم انفتق عرقه فمات والاكحل عرق في اليد
او هو عرق الحياة **ونمنّ** بضم النون وكسر الميم اي نمنع
منهم بفتح الميم وتشديد النون اي تركهم من غير ان
يؤخذ شيء منهم وقال الشافعي يجوز لقوله تعالى فاما
منا بعد واما فداء ولما روى البخاري في صحيحه ان
عمر بن الخطاب اصاب جاريتين من سبي حنين فوضعهما
في بعض بيوت مكة قال فمن رسول الله صلى الله
عليه وسلم على سبي حنين فجعلوا يسعون في السكك
قال عمر يا عبد الله انظر ما هذا فقال من رسول الله
صلى الله عليه وسلم على السبي قال اذهب فارسل

الى رتبتين ولنا قوله تعالى في سورة براءة فاقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم وهي آخر سورة نزلت فكان ناسخا
لانه المن والفداء ولما وقع في غزوة حنين لتقدمها
ومنع فداؤهم بمال او باسير مسلم لانهم يعودون
حربا على المسلمين ودفع شر حرابتهم خير من استنقاذ
الاسير المسلم لانه من بليته ومنع ردهم الى دارهم
لان فيه تقويتهم على المسلمين وقال ابو يوسف ومحمد
يفادى بهم اسارى المسلمين وقال مالك والشافعي
واحمد لا يجوز المفاداة بنسائهم وقال احمد ايضا لا يجوز
المفاداة بصبيانهم وعن ابي حنيفة انه لا باس بان
يفادى بهم اسارى المسلمين لان تخليص المسلم من ايديهم
واجب ولا يتوصل اليه الا به وفي السير الكبير ان هذا اظهر
قوليهما واظهر الروايتين عن ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يجوز المفاداة باسارى المسلمين قبل القسمة
لا بعدها لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك
فلا يجوز ابطاله بدون رضا مالكه بعوض كسائر
المعاوضات واما المفاداة بمال فلا يجوز في المشهور
من المذهب لقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق
لمسكم الاية ولقوله عليه السلام لو نزل بنا عذاب
لما نجا الا عمر وذلك لانه اشار بقتلهم وفي السير
الكبير ولا باس به ان كان بالمسلمين حاجة استدلالا
باسارى بدر وللامام فداء اسارانا بهم في الاظهر
من الروايتين عن ابي حنيفة وبه قالا لما روى مسلم
من حديث سلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر
امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فغزونا

فزارة

فزارة فلما كان بيننا وبين الماء ساعة امرنا ابو بكر
فعرسنا ثم شن الغارة اي صبها عليهم من كل وجه
فورد الماء فقتل من قتل عليه وسبى ونظرت الى
عنق من الناس فيهم الذراري فخشيت ان يسبقوني
الى الجبل فرميت بسهم بينهم وبين الجبل فلما راوا
السهم وقفوا فجئت بهم اسوقهم وفيهم امراة من
بني فزارة عليها قشع من ادم والقشع النطع معها
ابنة لها من احسن الناس فسقتهم حتى اتيت بهم
ابا بكر فنفلني ابنتها فقدمنا المدينة فلقيني
رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال
يا سلمة هب لي المراة لله ابوك فقلت هي لك يا رسول
الله صلى الله عليه وسلم فوالله ما كشفت لها
ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم
الى مكة ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة
وروى مسلم ايضا وابو داود والترمذي وقال
حسن صحيح واللفظ له عن ابي المهلب
عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين
وعندنا تذبح وتحرق مواش شق نقلها لان في تركها
على حالها فان الشافعي تقوية لهم ومن عقرها كما قال
مالك تعذيبا ومثلة بها والذبح للمصلحة جائز والحاق
الغيظ بهم من اقوى المصالح وهو مندوب بالنص
فصار كسلاح عجز عن حمله فانه يحرق انما قال لئلا
يستعينوا به فيما بعد وان لم يعجز عن حمله دفن في
مضيعة بحيث لا يعثرون عليه او القي في البحر ودليل

الشافعي لما في مصنف ابن ابي شيبة ان ابا بكر بعث جيوشا
الى الشام فخرج يشيع يزيد بن ابي سفيان قال اني اوصيك
لا تقتلن صبيا ولا امراة ولا بقرة الا لماكلة لكنه يحمل
على ما يمكن نقلها جمعا بين الاقوال واما ما في الهداية
من نهيه عليه السلام عن ذبح الحيوان الا لماكلة فغير
معروف ومنع قسمة مغنم ثمة اي في دار الحرب الا
ايداعا وصورتها ان لا يكون للامام من بيت المال
ما يحمل عليه الغنيمة فيقسمها بين الغانمين ليحملوها
الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها وقال الشافعي
لا باس بالقسمة في دار الحرب بعد ما تم انهزام المشركين
وبه قال نخعا وقال ما يجعل قسمة الاموال في دار
الحرب ويوخر قسمة السبي الى دار الاسلام والاصل
حقنا ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار
الاسلام عندنا وعندهم يثبت بالاستيلاء بعد ما تم
انهزام المشركين وبه قال احمد ولنا ان الاستيلاء
باثبات اليد والنقل اذ القوة لهم في دارهم فصار
القسم فيها كالقسم قبل الهزيمة واما قسمة عليه
السلام غنائم خيبر فيها وغنائم بني المصطلق
في دارهم فليس من محل الخلاف لانه عليه السلام
لما فتح تلك البلاد صارت دار الاسلام ولا خلاف
فيها وانما الخلاف فيما لم يصر دار الاسلام والرد
ستندا وهو بكسر الراء وسكون الدال فهمزة بمعنى
العون ومنه قوله تعالى فارسله معي ردا يصدقني
ومدد لحقهم ثمة اي في دار الحرب كمقاتل خبر المبتدا
فيه اي في المغنم خلافا للشافعي وقد مهدنا الاصل

في ذلك

314

في ذلك لا لسوقي لم يقاتل اي الذي يبيع في العسكر اذا لم
يقاتل كالمقاتل في حق المغنم لان سببه الاستحقاق وهو
المجاوزة على قصد المقاتلة ولم يوجد لانه جاوز على قصد
التجارة بعدم القتال لان المقاتل منهم يستحق من
الغنيمة لانه بالمباشرة ظهر ان قصده القتال والتجارة
تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر في طريق الحج فانه لا
ينقص اجره واما ما في الهداية من قوله عليه السلام
الغنيمة لمن شهد الوقعة فرفعه غير معروف
بل موقوف على ابن عمر كما ذكره البيهقي ولا لمن مات
ثمة اي في دار الحرب من المقاتلة لان الارث يجري في
الملك ولا ملك للغزاة في الغنيمة قبل ان يخرج الى دار
الاسلام وانما لهم الاستحقاق ويورث قسط من
مات من المقاتلة بعدها اي في دار الاسلام وقال
الشافعي يورث من مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت
الملك به عنده وحل لنا ثمة اي في دار الحرب طعام
سواء كان مهيئا للاكل او لم يكن كالمخبوز والبقر
والغنم والابل لكن ترد جلودها الى الغنيمة وهذا الحل
في حق من يسهم له في الغنيمة ويرضخ له غنيا كان او
فقيرا وفي حق من معه من النساء والاولاد والمماليك
وعلف ودهن وحطب وسلاح به حاجة لا بعد الخروج
منها اي من دار الحرب لما روي مسلم عن عبد الله بن
مغفل قال اصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته
ثم قلت لا اعطي من هذا اليوم احدا شيئا فالتفت فاذا
رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسما زاد ابو
داود والطيالسي في مسنده وقال له عليه السلام

هولك قال ابن القطان وهذه الزيادة مفيدة لانها
نص في اباحته وهي صحيحة الاسناد وروى البخاري في صحيحه
عن ايوب عن نافع عن ابن عمر قال كنا نصيب في مغازينا
العسل والعنب فناكله ولا نرفعه وروى ابو داود في
سننه عن محمد بن ابي مجالد عن عبد الله بن ابي اوفى قال
قلت هل كنتم تخمسون يعني الطعام على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اصبنا طعاما
يوم خيبر فكان الرجل يجيء فياخذ منه مقدار ما يكفيه
ثم ينصرف وروى البيهقي من حديث هانئ بن كلثوم
ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر انا فتحنا ارضا
كثيرة الطعام والعلف وكرهت ان اتقدم في شيء من ذلك
الا بامرك فكتب اليه دع الناس ياكلون ويعلفون
فمن باع شيئا بذهب او فضة ففيه خمس الله وسهام المسلمين
ولم يقيد في المبسوط الكبير حل انتفاع الطعام ونحوه
بالحاجة وهو قول مالك والشافعي واحمد لاطلاق ما
روينا ولقوله عليه السلام يوم خيبر كلوا واعلفوا
ولا تحتملوا رواه البيهقي في المعرفة ومن اسلم ثمة اي في
دار الحرب منهم قبل ان ياخذه المسلمون عصم نفسه
فلا يجوز قتله ولا استرقاقه لقوله عليه السلام امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم وعصم ما لا صغير يلحق
بذلك طفله لانه تبع له في الاسلام بخلاف ولده الكبير
فانه حربي غير تابع له وبخلاف زوجته وحملها فانها
حربية غير تابعة له في الاسلام وحملها جزء منها فيتبعها
في الرق وعصم ما لا منقولا بيد الحقيقة عليه ولقوله

عليه

عليه السلام من اسلم على شيء وما له فهو له روي مسندا او
مرسلا بسند صحيح فعن صخر بن عيلة ان قوما من بني
سليم فروا عن ارضهم حين جاء الاسلام فاخذتها
فاسلموا فخاصموني فيها الى النبي صلى الله عليه وسلم فردها
عليهم وقال اذا اسلم الرجل فهو احق بارضه وماله رواه
احمد وروى ابو داود معناه وفيه يا صخر ان القوم اذا
اسلموا احرزوا اموالهم ودماءهم او وديعة معصوما
اي مسلما او ذميا لانه في يده حكما اذ يد المودع كيد المودع
لانه عامل له في الحفظ وهي يد محترمة صحيحة فقيد
بالوديعة لان ماله الذي بيد معصوم غصبا في عند
ابي حنيفة لان يده ليست كيد المالك وقال محمد لا يكون
فيئا لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام م
وابو يوسف مع ابي حنيفة في رواية ومع محمد في اخرى
وقيد بالمعصوم لان ما له الذي اودعه عند حربي في
اتفاقا لان يده ليست محترمة حتى جاز لنا التعرض
لها وقيد بالمال لان عقاره في خلافا لمالك والشافعي
واحمد فانه باسلامه يعصم عقاره لانه في يده كالمنقول
ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هي من جملة
دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هو قول محمد
وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه الى ان العقار كغيره
من الاموال بناء على ان اليد حقيقة يثبت عنده فيه
الا ترى ان عنده يتصور فيه الغصب واما عبده المقاتل
منهم فهو في خلافا لمالك والشافعي واحمد لانه لما تمرد
على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم وحكم
من اسلم في دار الحرب وخرج الينا على هذا التفصيل

ويقسم الامام اربعة الاخماس من الغنيمة بين الغانمين بعد
افراز الخمس لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله
خمسه الاية وللفارس اي لمن معه فرس او اكثر سهمان وللراجل
اي من لا فرس له معه سواء كان معه بعير او بغل او لم يكن سهم
وهذا عند ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم وهو قول مالك والشافعي
واحمد والليث وابو ثور واكثر اهل العلم لما روى الجماعة
الا النسائي عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما هذا لفظ
البخاري وفسره نافع فقال اذا كان مع الرجل فرس فله ثلاثة
اسهم وان لم يكن له فرس فله سهم ولفظ مسلم انه قسم في
النفل للفرس سهمين وللراجل سهما ولفظ ابي داود وابن
حبان في صحيحه انه عليه السلام اسهم لرجل ولفرسه
ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه ولفظ الترمذي
انه قسم في النفل للفرس بسهمين وللراجل بسهم وفي
لفظ ابن ماجة انه اسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة اسهم
للفرس سهمان وللراجل سهم وفي الباب احد عشر حديثا
مسندا بمعنى ما روينا ولان الاستحقاق بالنفع ونفعه
على ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات
والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابو داود
في سننه واحمد في مسنده والطبراني في معجمه وابن ابي شيبة
في مصنفه والدارقطني في سننه والحاكم في مستدركه
من حديث مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال
سمعت ابي يعقوب بن مجمع يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد
الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان

احد

احد القراء الذين قرأوا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس
يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحي
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف على راحلته
عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا
لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم
والذي نفسي بيده انه لفتح فقسمت خيبر على اهل الحديبية
فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر
سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس
فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما قال ابو داود وهذا
وهم انما كانوا مائتي فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى
صاحبه سهما وروى الطبراني من طريق الواقدي في معجمه
عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة
فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه
سهم واحد وله سهم وفي تفسير ابن مردويه في سورة الانفال
بسنده الى عائشة قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج سهما الخمس ثم قسم بين
المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما وروى
ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابي اسامة وابن نمير قالا حدثنا
عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما ومن
طريق ابن ابي شيبة رواه الدارقطني في سننه وقال قال
ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابن ابي شيبة
لان احمد ابن حنبل خالفهم وعبد الله بن بشر وغيرهما
بن عمر ح رواه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره

ابي اسامة خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة
اسهم ثم اخرجه من نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن
عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما
ثم قال احمد بن منصور هكذا لفظ نعيم عن ابن المبارك
قال الشيخ والناس يخالفونه قال النيسابوري ولعل
الوهم من نعيم لان ابن المبارك من اثبت الناس ثم اخرجه
عن يونس بن عبد الاعلى عن ابن وهب عن عبيد الله
بن عمر عن نافع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما
ثم اخرجه عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن
عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
قسم للفارس سهمين وللراجل سهما ولان الكر والفر
من جنس واحد فيكون نفعه مثلي نفع الراجل
فيفضل عليه بسهم ولان الفرس تبع للراجل فلا يزاد
بسهم وما روي محمول على الزيادة بطريق هذا التنفيل
كما اعطى عليه السلام سهمي الراجل والفارس لسلمة
بن الاكوع وكان راجلا فيما روى مسلم واحمد في حديث
طويل عن سلمة بن الاكوع قال قدمنا الحديبية فيها
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن اربع عشرة
مائة فذكر الحديث بطوله الى ان قال فلما اصبحنا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم خير فرساننا اليوم
ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة ثم اعطاني سهمين سهم
الفارس وسهم الراجل فجمعهما لي جميعا هذا ولا يسهم
لاكثر من فرس وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وبه

قال

قال احمد لما روى الدارقطني في سننه عن ابي عمرة بشير بن
عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم وروى
عبد الرزاق في مصنفه عن ابراهيم بن يحيى الاسلمي عن
صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين
فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم واخرج الدار
قطني والواقدي في المغازي عن عيسى بن معمر قال
كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى
خمسة اسهم وقال صاحب التنقيح ان عمر بن الخطاب
كتب الى ابي عبيدة بن الجراح ان اسهم للفرس سهمين
وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبها سهما فذلك خمسة اسهم
وما كان فوق الفرسين فهو جنائب والله اعلم

واجيب بان هشام بن عروة

بن عبد الله بن الزبير اثبت في حديث الزبير واحرص
وقد روى عن ابيه عن جده عبد الله بن الزبير عن
الزبير انه قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه
يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما
لامي واهل المغازي لم يرووا انه عليه السلام اسهم
لفرسين ولم يختلفوا انه حضر خيبر بثلاثة افراس
لنفسه السكب والظرب والمرتجز ولم ياخذ الا سهم
واحد وقال مالك في الموطا لم اسمع بالقسم الا لفرس
واحد وروى الواقدي في المغازي بسنده الى الحارث
بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد
في خيبر ثلاثة افراس لزاز والظرب والسكب

وقالا لو كانوا فوارسا وقاد حواسي بها الصفة فرسين فقال لا اسهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن كان له فرسان خمسة اسهم
اربعة للفرسين وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له وقال
انه لم يسهم الا لفرس واحد ولانه ذلك انما اسهم لفرس واحد
ولم يسمع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا
لفرس **ويعتبر** في استحقاقه سهم الفارس او الراجل **وقت مجاوزة
الدرب** اي مدخل دار الحرب **لا يعتبر شهود الواقعة** في الاستحقاق
كما هو قول مالك والشافعي واحمد فلو دخل الغازي دار الحرب
فارسا فمات فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل
راجلا فاشترى فرسا استحق سهم الفارس اتفاقا فاعدا ولا اسهم
لمملوك يقاتل ولا لامراة لحنيق المكان استحق سهم الفارس اتفاقا
هذا ولا يسهم لمملوك يقاتل او يدل على الطريق ولا لذمي
ولا لامراة تداوي الجرحى وتقوم على المرضى ولا لصبي يقاتل
ولا لذمي يقاتل او يدل على الطريق ولكن يرضخ لهم على حسب
ما يرى الامام لقول ابن عباس لم يكن للعبد والمراة سهم
الا ان يحذيا من غنائم القوم رواه احمد ومسلم والرضخ
في اللغة اعطاء القليل وهنا اعطاء اقل من سهم الغنيمة
وعندنا يكون من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول
الشافعي ورواية عن احمد وفي قول الشافعي يكون
من الاربعة الاخماس وهو رواية عن احمد وفي قول
للشافعي يكون من خمس الخمس وقال مالك من الخمس
ولا يسهم للاجير لانه دخل لخدمة المستاجر لا للقتال
حتى لو كان ترك الخدمة وقاتل يسهم له كاهل سوق
العسكر ويستعان بالكافر في القتال عند الحاجة عندنا

وعند

وعند الشافعي واحمد وقال جماعة من اهل العلم لا يستعان به
والخمس من الغنيمة لليتيم وهو كل صغير لا اب له ويشترط
ان يكون فقيرا **وللمساكين وابن السبيل** وقد تقدم تفسيرهما
في الزكوة لما روي عن ابن عباس من طرق بالفاظ متقاربة
منها ما رواه ابن مردويه في تفسيره في سورة الانفال
بسنده اليه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك
الخمس في خمسة ثم قرا واعلموا انما غنمتم من شيء فان
لله خمسه وللرسول وقال قوله تعالى فان لله خمسه
مفتاح كلام نحو قوله لله ما في السموات وما في الارض فذكره
للتبرك باسمه وهو غير محتاج الى شيء لان الكل له ثم جعل
سهم الله وسهم الرسول واحدا ولذي القربى سهما فجعل
هذين السهمين قوة في الخيل والسلاح وجعل سهم اليتامى
والمساكين وابن السبيل لا يعطيه لغيرهم وجعل الاربعة
اسهم الباقية للفرس سهمين ولراكبه سهما وللراجل
سهما ولما رواه الطبراني فلما قبض رسول الله صلى الله
عليه وسلم جعل ابو بكر وعمر هذين السهمين سهم الله
والرسول وسهم قرابته في سبيل الله صدقة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولما روى ابو يوسف عن الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس الذي كان يقسم
على عهد النبي صلى الله عليه وسلم على خمسة اسهم
لله والرسول سهم ولذي القربى سهم وللمساكين سهم
ولليتامى سهم صح
ولابن السبيل سهم ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلي
على ثلاثة اسهم اسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم
لابن السبيل **ويقدم فقراء ذوي القربى** من هذه الطوائف

الثلاث على غيرهم **ولا شي للغني** اي غني ذوي القربى لان عمر
اعطى الفقرا منهم وقال الطحاوي سهم الفقير ساقط ايضا
لما قدمنا والاول اختيار الكرخي وهو الاصح لان الدليل
انما دل على حق سقوط اغنيائهم اما فقراوهم فيدخلون
في الاصناف الثلاثة ويسقط سهم النبي صلى الله عليه
وسلم عوته كالصفي لانه كان يستحق برسالته لا بالقيام
بامور امته ولهذا لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا لا
نفسهم والصفي شي اختصه نفيس كان يصطفيه لنفسه
من الغنيمة كدرع او سيف او فرس او امة كما روي انه
اصطفى صفية من غنائم خيبر وقال الشافعي يقسم الخمس
على خمسة اسهم سهم للنبي عليه السلام في حياته وبعد
وفاته يصرفه الامام في مصالح الدين على ما يرى وبه قال
احمد وعن الشافعي ان سهم النبي صلى الله عليه وسلم بعده
يرد على بقية الاصناف وحكى ابن المنذر عنه انه يكون
للخليفة وسهم لذوي القربى يستوي فيه غنيهم وفقيرهم
يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وقال المزني والثوري
يستوي فيه الذكر والانثى ويكون لبني هاشم وبني المطلب
فقط دون بني عبد شمس والباقي للفرق الثلاثة
وقد تقدم ان الخلفا الراشدين على ثلاثة نحو ما قلنا بحضر
من الصحابة فكان هذا اجماعا **ومن دخل دارهم وله منعة**
سواء اذن له الامام او لا **فاغار خمس** ما اخذه لان الماخوذ
حينئذ على وجه التقهر والغلبة لا الاختلاس والسرقة
فكان غنيمة **لا من لا منعة له** اي لا يخمس ما اخذ من دخل دارهم
ولا منعة **ولا اذن له** من الامام لان اخذهم حينئذ يكون اختلاسا
وسرقة لا قهرا وغلبة ويخمس عندما لك والشافعي لانه مال

حربي اخذ قهرا فكان غنيمة وقيد بعدم الاذن لان من لا منعة
له لو دخل باذن الامام ففيه روايتان المشهور منهما انه
يخمس ما اخذه لانه لما اذن لهم الامام التزم نصرهم بالامداد
فصار كالمنعة **وللامام ان ينفل وقت القتال فيجعل لاحد**
من الجيش **شيا زايدا على سهمه** اي نصيبه سهما كان او نحوا
كالسلب ونحوه بان يقول من قتل قتيلا فله سلبه او من
اصاب شيا فهو له فيتناول هذا الكلام كل من ياخذ من الغنيمة
او يقول السرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس او ما اصبتم
فلكم نصفه لما روي انه عليه السلام ينفل في البداية الربع
وفي الرجعة الثلث كما رواه احمد وابن ماجة والترمذي ولان
التنفيل تحريض على القتال ولقوله عليه السلام يوم حنين
وهو مندوب اليه لقوله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على
القتال ولقوله عليه السلام يوم حنين من قتل قتيلا له عليه
بينة فله سلبه والتنفيل عند نا من الاربعة الاخماس وبه قال
احمد وعند مالك والشافعي من الخمس **والسلب مركبه** اي مركب
المقتول **وما عليها** اي على المقتول مما في وسطه وجيبه
وعلى مركبه من سلاح وثياب وسرج والة ولو اشخله واحد وقتله
اخر فالسلب لمن اثخنه اي اوهنه لاعطا النبي صلى الله عليه
وسلم سلب ابي جهل لمعاذ دون ابن مسعود والحاصل انه لا
يستحق القاتل سلب مقتول عموما الا بقول الامام من قتل
قتيلا فله سلبه لانه يستحق بازالة الامنعة المقبل وقت
الحرب بقطع طرفيه او سلبه كما قال مالك والشافعي لقوله
عليه السلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه
احمد والجماعة الا النسائي وفي لفظ لمسلم عن جبير بن نفير عن
عوف بن مالك انه قال لخالد بن الوليد الم تعلم يا خالد ان رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه
فقتل ابو طلحة فقضى بالسلب للقاتل قال بلى زاد ابو داود فقضى
بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب واخرج في سننه ايضا عن انس
بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل
كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ
اسلابهم وظاهر هذا نصب الشرع لانه بعث له ولان القاتل
مقبلا قد اظهر غنايه على غيره فيستحق التفضيل ولذلك ما
على التفضيل كالفارس مع الراجل بخلاف ما لو قتله مدبرا
او رمى من صف المسلمين سهما فقتل مشركا لانه ليس فيه
زيادة غناء فكل احد يتجاسر عليه ولنا ما في معجم الطبراني
الكبير والاوسط بسنده الى جنادة بن ابي امية قال نزلنا دابق
وعلينا ابو عبيدة بن الجراح فبلغ حبيب بن مسلمة ان بنة
صاحب قبرص خرج يريد بطريق اذربيجان ومعه زمرد
وياقوت ولولو وغيرهم فخرج اليه فقتله وجاء بما معه
فاراد ابو عبيدة ان يخمسه فقال له حبيب لا تحرمني رزقا
رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل
السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به
نفس امامه ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده لسنده
الى جنادة بن امية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب
ابن مسلمة الفهري ان بنة البرمى خرج بتجارة من البحرين
بطريق ارمينية فخرج عليه حبيب فقاتله فقتله فجاء
بسلبه يحمله على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزبرجد
فاراد حبيب ان ياخذه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال
حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم

وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل للابد
وسمع معاذ بن جبل بذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه
لحبيب
فقال معاذ الا تتقي الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فانما
لك ما طابت به نفس امامك فحدثهم بذلك عن النبي صلى
الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس
فباعه بالحروري بالف دينار الا ان في سنده ضعفا
وفي الصحيحين في قصة معاذ بن عمرو بن الجموح ولم يجعله لمعاذ
ابن عفراء وقتلهما ابا جهل يوم بدر وقضاء النبي صلى الله عليه
وسلم سلبه لمعاذ بن الجموح ولم يجعله بينهما وما اخرجه مسلم
وابو داود واللفظ لابي داود عن عوف بن مالك الاشجعي
قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي
من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر
عليه سرج مذهب فجعل الرومي يفري بالمسلمين وقعد له
المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر وعلاه
فقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين
بعث اليه خالد بن الوليد فاخذ منه سلب الرومي قال عوف
فاتيت خالدا فقلت له اما علمت ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكن استكثرته
قلت لتردنه او لاعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه
وسلم فابى ان يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد
فقال صلى الله عليه وسلم يا خالد ما حملك على ما
صنعت قال يا رسول الله استكثرته قال رد ما اخذت
منه قال عوف فقلت دونك يا خالد الم اف لك فقال عليه
عليه السلام ما ذاك قال فاخبرته قال فغضب صلى الله

عليه وسلم وقال يا خالد لا تزد عليه هل انتم تاركوا الي امرائي لكم صفوة امرهم وعليهم كدره في استيلاء الكفار
يعني انفسهم اذا استولي بعضهم علي بعض
واموالهم كذلك بالاستيلاء كما يملك به المسلم
وقال مالك
يملكونها بمجرد الاستيلاء وعن احمد رواية كقول مالك والحري
كقولنا وقال الشافعي لا يملكونها لان استيلاءهم محظور ابتداءً
الاخذ في دار الاسلام وانتهاءً عند الاحراز بدارهم لبقاء عصمة
المال اذ سببها اسلام صاحبه لقوله عليه السلام فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم وصار هذا كاستيلاء المسلم علي
مال المسلم وكاستيلائهم علي رقابنا والكفار مخاطبون بالمحظورات
بالاجماع كالزنا والربوا ولنا قوله تعالى للفقراء المهاجرين الاية
الاية والفقير من لا ملك له فلو لم يملك الكفار اموالهم باستيلائهم
عليها لكانوا اغنياء ولم يسموا فقراء ولان الاصل في الاموال
الاباحة وعدم العصمة لقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض
جميعا وانما يملك بحصول الاختصاص والعصمة بسبب من
الاسباب كالشراء ونحوه ضرورة التمكن من الانتفاع به بلا
منازعة فاذا زال ذلك التمكن بسبب احراز الكفار له بدارهم
عاد الي الاصل وصار كالصيد ونحوه من مباح الاصل فيملكونه
بخلاف استيلاء المسلم علي مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به
قائم فيبقي اختصاصه به وعصمته له وبخلاف رقابنا لانها لم
تخلق محلا للتملك لان الادمي خلق ليملك لا ليملك وانما يثبت
فيه محلية الملك بالكفر العارض وبخلاف ما اذا لم يحرزوها بدارهم
فانه قبل قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين لان ملكهم
بسبب الاستيلاء وهو يتحقق بالاحراز بدارهم لان الظاهر

ان

ان المسلمين يستنقذونها منهم ما لم يحرزوها بدارهم فان قيل
قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين علي المومنين سبيلا
والتملك بالاستيلاء من اقوي جهات السبيل اجيب بان النص
في ذوات المومنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء بل يملكون اموالهم
اي لا يملك الكفار بالاستيلاء والاحراز بدارهم حرنا
وهم مدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا لان محل الملك هو
المال وهو لا يسمى مالا وقال مالك واحمد يملكون المدبر والمكاتب
بالاستيلاء وقال احمد لا يملكون ام الولد وقال مالك يفديها
الامام فان لم يفعل يأخذها سيدها بالقيمة ولا يتركها يستحل
فرجها من لا يحل له اي ولا يملك الكفار بالاستيلاء
والاحراز عبد المسلم اذا ابق الي دارهم وهذا عند ابي حنيفة
والشافعي واحمد في رواية وقال ابو يوسف ومحمد ومالك
واحمد في رواية يملكونها كما لو ند اليهم دابة فاخذوها ولابي
حنيفة ان سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد لان الادمي ذو يد
محترمة وفي شرح الوقاية ان الخلاف فيما اذا اخذوه قهرا وقيدوه
واما ان لم يكن باخذوه قهرا فلا يملكونه اتفاقا
اي بالاستيلاء والاحراز بدارنا
لان الشرع اسقط عصمتهم وعصمته ما هو لملكهم جزاء لكفرهم
بان جعلهم ملكا لعبيده في يد الغانمين
بعد ما غلبنا عليهم ان لم يقع
القسم لان الشركة قبل القسمة عامة فيتعذر المعرفة
لما سبق واخذه اي من
الكفار واخرجه الي دار الاسلام لانه لو اخذه بغير شيء
لتضرر التاجر وقال الشافعي من وجد منا ماله بعد القسمة
اخذه بغير شيء ايضا ولكن يعوض الامام من وقع في سهمه من بيت

للمالك وان لم يكن في بيت المال شيء اعاد القسمة ولنا ما روي الدار
قطني والبيهقي في سننهما عن الحسن بن عمارة عن عبد الملك
بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال فيما احرز العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده
صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده وقد قسم
فان شاء اخذه بالثمن وفي سنن الدارقطني عن اسحاق بن
عبد الله بن ابي فروة وعن رشدين عن يونس كلاهما عن
ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن ابيه عبد الله بن عمر
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد
ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم
فليس له شيء قال واسحاق هذا متروك وقال البيهقي الحسن
ابن عمارة عن الحكم بن عتيبة عن مقسم عن ابن عباس عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في عبد وبعير احرزهما العدو
ثم ظفر بهما فقال عليه السلام لصاحبهما ان اصبتهما قبل
القسمة فهما لك بغير شيء وان اصبتهما بعد القسمة فهما لك
بالقيمة فرواية ابي يوسف هذا الحديث عنه يدل على اصابته
في هذا الحديث اذ لا يلزم من كون الشخص متروكا ان يكون
كل فرد من افراد حديثه متروكا وفي معجم الطبراني عن ياسين
الزيات عن الزهري عن سالم عن ابيه مرفوعا من ادرك
ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له وان ادركه بعد ان يقسم فهو
احق به بالثمن ورواه ابن عدي في الكامل وضعف ياسين الزيات
وفي مراسيل ابي داود عن تميم بن طرفة قال وجد رجل ناقة
له فارتفعا الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة انها ناقته
واقام الآخر البينة انه اشتراها من العدو فقال عليه السلام
ان شئت ان تأخذ بما اخذها فانت احق بها والا فخل عن ناقته وروي

الطبراني في معجمه عن جابر بن سمرة قال اصاب العدو ناقة رجل
من بني سليم ثم اشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها
فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره فامره النبي صلى الله
عليه وسلم ان يأخذها بالثمن الذي اشتراها به صاحبها
من العدو وان لا يخلي بينه وبينها وفي الآثار ما في سنن
الدارقطني عن قبيصة بن ذويب ان عمر بن الخطاب قال
ما اصاب المشركون من اموال المسلمين فظهر عليهم فرأى
رجل متاعه بعينه فهو احق به من غيره وان قسم ثم ظهروا
عليه فلا شيء له انما هو رجل منهم وفي رواية فهو احق به من
غيره بالثمن قال وهذا مرسل وفي مصنف ابن ابي شيبة عن
خلاس عن علي نحو ذلك وقال ابن حزم رواية خلاس عن علي
صحيحة ويروى عن زيد بن ثابت ولكن باسناد فيه ابن لهيعة
فتعدد طرقه يحسنه ويصح الاحتجاج به كيف ولا معارض
له   هذا مبتدا   اي لاهل الحرب صفته
اي في دار الحرب صفة ثانية   بان جاء
الى دار الاسلام او الى عسكر المسلمين في دار الحرب
عطف على ما قبله   وهذا خبر المبتدا وانما
يعتق لما روى احمد في مسنده وابن ابي شيبة في مصنفه
والطبراني في معجمه من حديث الحجاج عن مقسم عن ابن عباس
ان عبدين خرجا من الطائف الى النبي صلى الله عليه وسلم
فاسلما فاعتقهما رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما
ابو بكرة وفي لفظ لابن ابي شيبة بهذا الاسناد ان النبي صلى
الله عليه وسلم كان يعتق من اتاه من العبيد اذا اسلموا وقد
اعتق يوم الطائف رجلين احدهما ابو بكرة سمي به لانه تدلى
ببكرة من حصن وفي مراسيل ابي داود عن عبد ربه ابن

الحكم ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف خرج اليه
ارقاء من ارقائهم فاسلموا فاعتقهم رسول الله صلى الله
عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم
قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا
هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم
اليهم فغضب عليه السلام وقال والله ما اراكم تنتهون
يا معاشر قريش حتى يبعث عليكم من يضرب رقابكم
على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله كعبد مسلم اي كما
يعتق عبد مسلم شراه كافر مستأمن هنا اي في دار الاسلام
وادخله دارهم اي دار اهل الحرب وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وبه قال مالك واحمد وفي
مذهب الشافعي وجه انه لا يصح بيع العبد المسلم من الكافر
وعنه قول انه يصح في النهاية عن الايضاح وعلى هذا اه
الخلاف اذا كان العبد ذميا لان المستأمن يجبر على بيعه
ولا يمكن من ادخاله دار الحرب ولا يتعرض تاجرنا ثمة
اي في دار الحرب لدمهم واموالهم لانا في تعرضه لواحد
منهما غدرا بهم وهو ممنوع منه الا اذا اخذ ملكهم ماله
او حبسه او اخذ غيره اي غير ملكهم مال التاجر
بعلمه اي بعلم ملكهم ولم ينههم لانهم نقضوا عهده فيباح
له التعرض لهم كالاسير والمتلصص قيد بدمهم وما لهم
لانه لا يجوز ان يتعرض لفروجهم لان الفروج لا تحل الا بالملك
ولا ملك قبل الاحراز بالدار وما اخرجه التاجر من دار
الحرب بطريق التعرض ودخل به الى دار الاسلام ملكه
لتحقق سبب الملك فيه وهو الاستيلاء على مال مباح
حراما اي ملكا حراما لانه حصل بسبب الغدر فاوجب

ذلك خبثا فيه فيتصدق به تنزها عنه ولا يمكن حربي من
الاقامة هنا اي في دار الاسلام سنة بامان وقيل له
عند الامام ان اقمت هنا سنة نضع عليك الجزية
وبعد ذلك فان اقام سنة من وقت القول له فهو ذمي
لا يترك ان يرجع اليهم لالتزامه الجزية ثم اذا صار ذميا
بمضي المدة المضروبة له يستأنف عليه الجزية بحول بعدها
الا ان يكون الامام قال ان مكثت سنة اخذتها منك فانه
يأخذها منه حينئذ وحل دمه بعوده اي بتخليه من دارنا
بخروجه من ذمتنا ومن اسلم ثمة ولم يلحق بدارنا فماله ودمه
غير معصوم عندنا وحكم مالك والشافعي بعصمتهما عصمة
مقومة فتجب الدية في الخطأ والقود في العمد لانه قتل
نفسا معصومة لثبوت العاصم وهو الاسلام لقوله
عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا
الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها
فقد اثبت العصمة بالاسلام لا بالدار ولنا قوله تعالى فان
كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فالاية
سيقت لبيان انواع القتل وموجباته فاوجب في المؤمن
المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا
كفارة فقط بقوله فان كان من قوم عدو لكم اي المقتول
اذا كان من الكفار دارا وهو مؤمن فتحرير رقبة ثم اوجب
بقتل الذمي دية وكفارة فان ايجاب الكفارة وحدها فيمن
لم يهاجر على ان لا دية له لانه جعل الكفارة كل الواجب
لانها كل المذكور فلا يجوز ان يزاد عليها لانها نسخ فلا يجب
على قاتله سوى الكفارة في القتل الخطا كما تلونا ولا تغير
جزية وضعت بصلح لان الموجب لها حينئذ هو التراضي

ولا يمنع على خلاف ما وقع عليه والجزية ما يؤخذ من الذمي باعتبار
رأسه وسميت جزية لأنها تجزي أي تقضي وتكفي عن القتل
إذ لقبولها يسقط القتل عن الذمي ويكلف أن يأتي بنفسه
ويعطيها قائما والقابض منه قاعد ولا يقبل منه لو بعثها
على يد نائبه في أصح الروايات وذلك لقوله تعالى حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون وإنما اعتبر الصلح لما روى أبو داود
في كتاب الأموال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح
أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والبقية في رجب
يؤدونها إلى المسلمين وعارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا
وثلاثين بعيرا وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون
بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم إن كان باليمن
كيد أو غدرة على أن لا يهدم لهم بيعة ولا يخرج لهم قس ولا
يفتنوا عن دينهم ما لم يحدثوا حدثا أو يأكلوا الربوا ونجران
بلد من اليمن وأهله نصارى والحلة إزار ورداء **وإذا غلبوا**
بصيغة المجهول وكذا قوله **وأقروا وعليه ما أملاه لهم توضع**
على كتابي ومجوسي ووثني عجمي أي دون عربي **ظاهر غناه لكل**
سنة ثمانية وأربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر أربعة
دراهم **وعلى المتوسط** وهو من يملك نصابا **نصفها** أي أربعة
وعشرون درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان **وعلى فقير**
يكتسب أي يقدر على الكسب سواء اكتسب أو لم يكتسب
ربعها أي اثنا عشر درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم
لما روى ابن أبي شيبة في مصنفه في الإمارة عن علي بن مسهر
عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال
وضع عمر بن الخطاب الجزية على رؤوس الرجال على الغني
ثمانية وأربعون درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرون

درهما

درهما وعلى الفقير اثني عشر درهما وروى أبو عبيد القاسم
بن سلام في كتاب الأموال عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف
فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني
عشر وبه قلنا وهو دعواه الصفات الثلاثة آخر
السنة وقال الشافعي توضع على كل بالغ دينار غنيا كان
أو فقيرا لما روى أبو داود والترمذي وقال حديث حسن
والنسائي في الزكوة عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق
عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن
وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل
أربعين مسنة ومن كل حالم دينارا أو عدله معافري والحالم
البالغ والعدل بفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل
من الجنس والمعافري من همدان ينسب إليه نوع من الثياب
وقال مالك يوضع على الغني أربعون درهما أو أربعة دنانير
وعلى الفقير عشرة دراهم أو دينار وعن أحمد ثلاث
روايات رواية بتفويض إلى رأي الإمام وبه قال الثوري وأبو عبيد
ورواية أقلها دينار ويجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ورواية
كقولنا ثم عندنا توضع الجزية على كل كافر ليس بمرتد ولا وثني
عربي وبه قال أحمد في رواية لأن عمر وضع الجزية على أهل
سواد العراق بحضرة من الصحابة ولم ينقل عن أحد خلافهم ولأنه
يجوز استرقاقهم إجماعا فكذا وضع الجزية عليهم إذ كل منهما
يلحقه الصغار والذل وقال أحمد لا يؤخذ إلا من اليهود والنصا ري
ومن وافقهم في أصل دينهم وآمن بكتابهم كالسامرة لليهود
والفرنج والأرمن للنصارى وقال الشافعي لا يؤخذ إلا من
اليهود والنصارى والمجوس ومن أصحاب صحف إبراهيم
وشيث وإدريس وزبر داود ومن تمسك بدين آدم والسام

والصابئين وجهان في مذهبه احدهما يوخذ وثانيهما لا يوخذ
وقال مالك يوخذ من جميع الكفار الا من مشركي قريش والدليل
على اخذها من اهل الكتاب قوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون
بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون
دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد
وهم صاغرون وعلى اخذها من المجوس ما رواه محمد بن الحسن في
الموطا وابن ابي شيبة في مصنفه عن مالك عن الزهري ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس البحرين
وان عمر اخذها من مجوس فارس وان عثمان اخذها من مجوس
البربر وما رواه البزار في مسنده والدارقطني في غرايب مالك
من حديث ابي علي الحنفي حدثنا مالك بن انس عن جعفر
ابن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال لا ادري
كيف اصنع في امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب
وفي البخاري ولم يكن عمر اخذ الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن
عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر
وكذا رواه احمد وجماعة وعن المغيرة بن شعبة انه قال لعامل
كسرى امرنا نبينا عليه السلام ان نقاتلكم حتى تعبدوا الله
وحده او تودوا الجزية رواه احمد والبخاري وكانوا عبدة الاوثان
لا اي لا يوضع الجزية **على وثني عربي فان ظهر عليه** بصيغة
المجهول اي على الوثني العربي **فطفله وعرسه** اي زوجته
فيء لان النبي صلى الله عليه وسلم سبى ذراري اوطاس وهو
ازن ونساءهم وقسمها الغانمين **ولا يوضع** ايضا **على مرتد**
سوا كان من العرب والعجم فان ظهر عليه فطفله ونساه
فيء لان ابا بكر سبى نساء بني حنيفة وذراريهم لما ارتدوا وقسمهم

فدفع

فدفع في سهم علي الحنفية فولدت له ابنه محمد بن الحنفية ثم كفر
المرتد اغلظ من كفر مشركي العرب ولذا كان ذراري المرتدين
ونساوهم يجبرون على الاسلام بخلاف ذراري عبدة الاوثان
من العرب ونساهم **فلا يقبل منهما** اي من الوثني العربي ومن
المرتد **الا الاسلام او السيف** زيادة في العقوبة عليهما لان كفرهما
اغلظ من كفر غيرهما اما المشرك العربي فلان النبي صلى
الله عليه وسلم نشا بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم فالمعجزة
اظهر في حقهم واما المرتد فلانه كفر بعد ما هدي الى الاسلام ووقف
على محاسنه من الاحكام وقال مالك والشافعي واحمد يجوز
استرقاق وثني العرب لان استرقاقه اتلاف له حكما فيجوز
كاتلافه حقيقة ولنا قوله تعالى في حق عبدة الاوثان
من العرب تقاتلونهم او يسلمون ولا توضع ايضا على زنديق بل ان
جاء قبل ان يوخذ واقر انه زنديق وتاب تقبل توبته وان
اخذ ثم تاب يقتل ولا يقبل توبته ولا يقبل منه الجزية لانه
يعتقد في الباطن خلاف الظاهر **ولا يوضع على راهب لا يخالط**
الناس وذكر محمد عن ابي حنيفة انها توضع عليه وهو قول ابي
يوسف وقول للشافعي واحمد لانه ضيع القدرة على العمل فصار
لمن عطل الارض الخراجية عن الزراعة ووجه ما في الكتاب
انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم
لاسقاط القتل **ولا يوضع على صبي ولا امراة ولا مملوك ولا اعمى**
ولا زمن ولو كان اغنياء لانها بدل عن القتل والقتال ومن
عد المملوك لا يقتل ولا يقاتل لعدم الاهلية ويدخل في المملوك
القن والمكاتب والمدبر وانما لا توضع عليه لانه بدل عن القتل
في حقه او عن النصرة في حقنا بالقتال وعلى الاعتبار الاول
يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك

الحربي بقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان
العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه بدله فلا يوضع بالشك
ولا يوضع على فقير لا يكتسب اي لا يقدر على الكسب كما يفي
في السنة كلها او في اكثرها اقامة للاكثر مقام الكل او في نصفها
ترجيحا لجانب الاسقاط في العقوبة بخلاف القادر على الكسب
التارك له فانها توخذ منه لمن قدر على الزراعة ولم يزرع حيث
يوخذ منه الخراج وتسقط الجزية بالموت والاسلام سواء كان
في اثناء السنة او بعد تمامها قبل الاخذ وقال الشافعي لا تسقط
بعد تمامها وله فيما اسلم او مات في اثنائها قولان اصحهما انه يوخذ
جزية ما مضى والاخر تسقط وهذا الخلاف يأتي فيمن عمي او صار
مقعدا او زمنا او شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر
على شيء من الجزية فانه يسقط عنه عندنا وعند الشافعي وقد بقي عليه شيء
لا يسقط لان الجزية وجبت عن العصمة الثابتة بعقد الذمة
او عن سكناه في دارنا وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض
بهذا العارض كما لا تسقط به الاجرة ولنا ما روى ابو داود في الخراج
والترمذي في الزكوة من حديث ابن عباس ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال ليس على المسلم جزية قال ابو داود وسئل
سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه
وتتداخل الجزية بالتكرر يعني اذا اجتمع على الذمي اكثر من حول
لا يوخذ منه الا عن حول واحد وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد يوخذ عن الجميع وهو قول الشافعي واحمد ولا تحدث
بيعة وهي معبد النصارى ولا كنيسة وهي معبد اليهود ولا
صومعة وهي معبد الرهبان ولا بيت نار وهي معبد المجوس في دارنا
اي الامصار وقيل ولا في القرى وهذا الخلاف في غير ارض العرب
واما فيها فيمنعون من ذلك في الامصار والقرى قولا واحدا ويمنع
المشركون

المشركون ايضا من السكنى فيها ولهم اعادة المنهدم لان الابنية
لا تبقى دائما ولجريان التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه
وسلم الى يومنا بترك البيع والكنائس في امصار المسلمين دائما
ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة بطريق الدلالة الا انهم
لا يمكنون من نقلها ولا زيادة في محلها لانه احداث في الحقيقة
روى البيهقي في سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة الا انه
ضعفه وروى ابو عبيد القاسم بن سلام بسنده الى ثوبة بن النمر
حضرمي قاضي مصر عمن اخبره عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال لا خصاء في الاسلام ولا في كنيسة وروى ايضا بسنده فيه
ابن لهيعة الى عمر بن الخطاب انه قال لا كنيسة في الاسلام ولا
خصاء وروى مالك في الموطا عن ابن شهاب ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال مالك قال
ابن شهاب ففحص عن ذلك عمر بن الخطاب حتى اتاه اليقين
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة
العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران وفدك وجزيرة العرب
هي ارض العرب وقد سبق تفسيرها في الزكوة وسميت جزيرة
لانها جزرت عنها المياه التي حواليها كبحر البصرة وعمان وعدن
والفرات والجزر القطع ويميز الذمي من المسلم في زيه اي لبسه
فلا يلبس طيلسانا مثل طيلسان المسلمين ولا اردية مثل ارديتهم
ومركبه وسرجه وسلاحه اظهارا للصغار عليهم وصيانة
لمن ضعف يقينه من المسلمين عن الميل الى دينهم كما يشير اليه
قوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم
سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون الاية ولان المسلم يكرم
والذمي يهان حتى يضيق عليه الطريق ولا يبدا بالسلام ولا يجاب

الا بتمليك ولانه لو لم يتميز لعله يعامل معاملة المسلمين وذا لا يجوز
فلا يركب الذمي خيلا ولا يعمل اي لا يحمل بسلاح لانه ليس من اهل
الجهاد وقيدا في الحضر وجوزاه في السفر لاحتمال الاحتياج اليه
ويظهر الكستيج بضم الكاف وسكون السين المهملة وكسر
التاء الفوقية فتحتية ساكنة فجيم وهو خيط غليظ يشده الذمي
فوق ثيابه ولا يظهر الزنار والمتخذ من الابريسم ويركب عند
الضرورة على سرج كالاكاف وذكر التمرتاشي انه يكتفي في كل بلد
من الثلاثة بما تعارفه اهله لان المقصود يحصل به ويميز
نساؤهم عن نساء المسلمين في الطرق والحمام ويعلم على
دورهم بعلامة لئلا يستغفر لهم السائل اذا وقف عليها
ويتعوذ من تغلبه اي تسلطهم علينا ولا ينقض عهدهم بقتل
مسلم بل يقاد ان كان عمدا او يجب الدية ان كان خطا ولا بوطي
مسلمة بل يحد ولا بسب نبي من الانبياء فلا يقتل ما له
بل يجري عليه من الحكم مثل ما يجري على مسلم صدر منه
مثله وصار كالاباء عن اداء الجزية على المذهب لان ما ينتهي
به القتال التزام الجزية وقبولها لا اداؤها والالتزام باق
فيسقط القتال وينقض على رواية وافتى الحسام
اعتبارا لله بقضاء بل لا ابتداء بل ينتقض باللحاق بدار الحرب
او بالغلبة على موضع من دارنا للحراب لانهم لما صاروا حربا
علينا خلا عقد الذمة عن فائدة رفع الحراب فلا يبقى واذا
انتقض عهده صار كالمرتد في الحكم الا انه اذا اسر يجوز
ان يسترق وان يوضع عليه الجزية ثانيا بخلاف المرتد
ومصرف الجزية والخراج مبتدا مضاف وما اخذ منه اي من
الحربي بلا حرب كهديته وما اخذ منه العاشر ومن الذمي
اذا مر عليه وما صولح عليه على ترك القتال قبل نزول

لعسكر

لعسكر بساحتهم مصالحنا خبر المبتدا كسد ثغر بالخيل والرجال
والثغر موضع المخافة من فروج البلدان وبناء جسر وهو ما
يوضع ويرفع وقنطرة وهي ما احكم بناؤه فلا يرفع ورزق العلماء
اي المشغولين بعلم الشريعة وطلبتهم والعمال اي الذي
ينصبون لاخذ الزكوات والعشورات والجزية والخراجات
والمقاتلة وذريتهم اي ذرية العلماء والعمال والمقاتلة لانه
مال وصل الى المسلمين فكان الصرف اليهم صرفا بلا قتال فيصرف
في مصالحهم وهولاء حبسوا انفسهم لنفع المسلمين فكان الصرف
اليهم صرفا في مصالح المسلمين ونفقة الذراري على الاباء
فيعطون كفايتهم كيلا يشتغلوا عن مصالح المسلمين
ولا يورث عطاء من مات منهم في نصف السنة لانه صلة
وهي لا تملك الا بالقبض وان مات في اخرها يستحب دفعه
لورثته اقامة لتمام السنة مقام تنصيفها وعلى هذا قيل
ان الامام والمؤذن او المدرس اذا مات قبل ان يقبض
معلومه ينبغي لورثته ان ياخذ ذلك واعلم ان بيت المال
انواع اربعة احدها هذا الذي ذكرنا ثانيها الزكوة والعشر
ومصرفها ما ذكره الله في قوله انما الصدقات للفقراء الاية
وثالثها خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفها ما
ذكره الله في قوله فان لله خمسه الاية ورابعها اللقطات
والتركات التي لا وارث لها ودية مقتول لا ولي له ومصرفها
الفقراء الذين لا اولياء لهم يعطون منه نفقتهم ويصرفه الى
كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة ولا نقصان فان قصر
في ذلك نصيبا فكفى بالله حسيبا ومن ارتد عن الاسلام والعياذ
بالله من ذلك المقام عرض عليه السلام على سبيل الندب
رجاء ان يعود دون الوجوب لان الدعوة قد بلغته وهو قول

لمالك والشافعي واحمد وكشفت شبهته ان كان له شبهة لان
في ذلك دفع شره باحسن الامرين فان استمهل اي طلب ان
يمهل حبس ثلاثة ايام للمهلة لانها مدة ضربت لابلاء
الاعذار وكما في شرط الخيار فان تاب قبل والا قتل من ساعته
في ظاهر الرواية لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
رواه احمد والبخاري ولانه حربي بلغته الدعوة فيقتل
في الحال من غير الامهال كالكافر الاصلي ولا يجوز تاخير الواجب
للحال لامر موهوم في الاستقبال وفي النوادر عن ابي حنيفة
وابي يوسف انه يستحب ان يؤجل ثلاثة ايام طلب ذلك
او لم يطلبه وفي اصح قولي الشافعي ان تاب في الحال والا
قتل من غير الامهال وهو اختيار ابن المنذر وقال الثوري
يستتاب ما رجي عوده وقال الزهري يدعى ثلاثا فان ابى
قتل وفي المبسوط وان ارتد ثانيا وثالثا فكذلك يستتاب
وبه قال اكثر اهل العلم لاطلاق قوله تعالى فان تابوا واقاموا
الصلاة واتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وقال مالك واحمد والليث
لا يستتاب من تكرر منه ذلك كالزنديق لقوله تعالى ان
الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله
ليغفر لهم ولنا في الزنديق روايتان في رواية لا يقبل
توبته كقول مالك وفي رواية يقبل كقول الشافعي هـ
والخلاف في حق المنافقين لا الخلاف فيما بينه وبين الله
تعالى فيتقيد بالخلاف لقوله تعالى في حق المنافقين الا
الذين تابوا واصلحوا الى قوله فاولئك مع المؤمنين والاية
التي استدلوا بها انما هو في حق من ازدادوا كفرا لا في حق من تاب
واظهر التوبة وعن ابي يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد
يقتل من غير عرض الاسلام لانه مستخف بالدين وهي اي توبة

المرتد

المرتد بالتميز عن كل دين سوى الاسلام او عما انتقل اليه لحصول
المقصود به وقد ابعد اتيانه بكلمة الشهادة كما في الايضاح وقتله
مبتدا اي قتل المرتد قبل العرض اي عرض الاسلام عليه ترك ندب
بلا ضمان لان العرض ندب وجاء فيه ومن يقول بانه واجب فعنده
ان قتله قبل العرض حرام لانه ترك واجب واما انتفاء الضمان
عند الكل فلان الكفر مبيح لقتله والعرض ندب او واجب رجاء
رجوعه ويزول ملكه اي ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا على
تبين حاله وبه قال مالك والشافعي في اصح قوليه واحمد في رواية
وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول وبه قال الشافعي في قول واختاره
المزني وهو ظاهر الرواية عن احمد قال ابن المنذر وهو قول اكثر اهل
العلم لان اثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه كالمقضي عليه
بالرجم والقود ولابي حنيفة ان المرتد زالت عصمة نفسه بالردة
لانه يصير حربيا حتى يقتل فكذا عصمة ماله لانها تابعة لنفسه
غير انه لما كان مدعوا الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده
اليه لوقوعه على محاسنه توقفنا في امره فان اسلم عاد ملكه
وجعل هذا العارض وهو الارتداد كان لم يكن في حق زوال الملك
وانما قيدنا بهذا لان هذا العارض معتبر في حق احباط العمل
من الطاعات وفي حق وقوع الفرقة بينه وبين زوجته
وفي حق وجوب تجديد الايمان وان مات او قتل على ردته او لحق
بدارهم وحكم به اي بلحوقه بدارهم مدبره وام ولده لانه باللحاق
صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع
ولاية الالزام عنهم كما انقطعت عن الموتى فصار كالميت وهو
يعتق مدبره وام ولده الا انه لا يستقر لحاقه الا بحكم الحاكم حتى يقوى
لاحتمال عوده الينا وحل دين عليه لان الدين المؤجل يصير
حالا بموت المديون واللحوق بدارهم اذا حكم به في حكم الموت وكسب

إسلامه لورثته المسلم وكسب ردته في وقال ابو يوسف
ومحمد كلاهما لورثته المسلمين وتقضى ديون كل حال من الاسلام
والردة من كسب تلك الحال فيقضي دين حال الاسلام من كسب
الاسلام ودين حال الردة من كسب الردة وعند ابي يوسف ومحمد
تقضى ديونه منهما وبطل نكاحه وذبيحته اتفاقا وكذا ارثه لان
هذه الامور تعتمد الملة ولا ملة للمرتد وصح طلاقه واستيلاده
اتفاقا فان قيل بالارتداد ينقطع بقع الفرقة فكيف يتصور
منه الطلاق اجيب بان الفسخ الذي يقع بالردة تعتد
المرأة له فاذا طلقها وهي في العدة وقع الطلاق وكذا لو ارتدا
معا فطلقها فاسلما معا لا ينفسخ النكاح ويقع الطلاق ويتوقف
بيعه ومعاملاته من شراء واجارة ورهن وهبة وعتق
وتدبير وكتابة ووصية ان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق
وحكم به تبطل وقال ابو يوسف ومحمد لا يتوقف بل ينفذ
تصرفه سواء اسلم او مات او لحق وهو قول مالك والشافعي
فان جاء المرتد مسلما قبل حكم بلحاقه الى دار الاسلام فكانه لم
يرتد ومدبره وام ولده باقيان على ملكه وان جاء بعده اي
بعد الحكم بلحاقه وماله بعينه مع ورثته اخذه لان الوارث
انما خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل
حكم الخلف لكن انما يعود الى ملكه بقضاء او رضاء قال
الحلواني ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله
تعالى واعاده الى الدنيا لكان الحكم كذلك الا انه خلاف العادة
قيد بماله لانه لا سبيل له على امهات اولاده ولا مدبريه لان القاضي
قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا ينقض وقيدنا ماله بعينه
لانه لا ياخذ ثمنه اذا باعه الوارث ولا قيمته اذا اتلفه لانه
باعه واتلفه في وقت كان فيه مستبدا من ذلك ولا يقتل مرتدة

لكن

لكن لو قتلها انسان لا شيء عليه سواء كانت حرة او امة كذا في المبسوط
وتحبس حتى تسلم او تموت وقال مالك والشافعي واحمد والليث
والزهري والاوزاعي ومكحول وحماد تقتل لما روى البخاري
وابن ابي شيبة من حديث ابن عباس واللفظ لابن ابي شيبة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من بدل دينه فاقتلوه وكلمة من تعم الرجال
والنساء كقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولنا ما روى الطبراني
في معجمه عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب
فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام
فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وروى ابن عدي
في كامله بسنده الى ابي هريرة ان امرأة ارتدت على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتلها ولكن ضعف من رواية حفص
ابن سليمان وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن عبد الرحيم
ابن سليمان ووكيع عن ابي حنيفة عن عاصم عن ابي رزين عن ابن
عباس انه قال النساء لا يقتلن اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن
يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه ورواه محمد بن الحسن في
الآثار عن ابي حنيفة ورواه عبد الرزاق في مصنفه باخر القصاص
عن سفيان الثوري عن عاصم عن ابي رزين به واخرج الدارقطني
عن عمرو علي انه قال المرتد تستتاب ولا تقتل وفي نسخة تسبى
بها واخرج عبد الرزاق نحوه عن عطاء والحسن وابراهيم النخعي وروى
عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد ان عمر بن الخطاب امر في
ام ولد تنصرت ان تباع في ارض ذات مؤنة عليها ولا تباع في دينها
تبعث بدومة الجندل من غير اهل دينها وصح تصرفها في مالها
وكسبها اي كسب الاسلام وكسب الردة وفي بعض النسخ وكسبها
اي سواء كان في الاسلام والردة لورثتها لان ملكها باق ولا حرابة

منها حتى يكون ما لها فيئا بخلاف المرتد وليس الكلام فيها كما قال مالك
والشافعي لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ولا يرثها زوجها
لان الزوجية قد انقطعت بالارتداد وهي لا تقتل فلم يتعلق حقه
بمالها الا ان يكون مريضة فيرثها لانها تصير فارة بالارتداد
وفي الحاوي ان المرتدة تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا
حتى تسلم او تموت وكذا الامة وفي الجامع الصغير وتجبر المراة
على الاسلام حرة كانت او امة وتخدم الامة مولاها لما فيه من الجمع
بين الحقين بان يجعل منزل المولى سجنا لها ويفوض التاديب
اليه وفي الايضاح قال ابو حنيفة اذا احتاج المولى الى خدمتها
رفعها القاضي اليه وامره ان يجبرها على الاسلام وارسل اليها
القاضي كل يوم من يعظها ويضربها اسواطا حتى تموت او تسلم
والصحيح ان يدفعها الى المولى احتاج او استغنى طلب او لم
يطلب لان الحبس تصرف فيها الى المولى **وصح ارتداد صبي يعقل**
واسلامه ويجبر الصبي المرتد عليه اي على الاسلام **ولا يقتل ان**
ابى وان بلغ كافرا ولكن يحبس ذكره التمرتاشي وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال مالك واحمد يقتل اذا بلغ ولم يرجع لانه
صار اهلا للعقوبة وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه
اسلام وهو قول لاحمد وسحنون المالكي لقوله عليه السلام
رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم ومن كان مرفوع القلم
لا يبنى الحكم في الدنيا على قوله واما الاسلام فيصح منه لانه مع الصبي
اهل الرسالة قال تعالى وآتيناه الحكم صبيا فعلم ضرورة انه اهل
للاسلام ولانه سبب للفوز والسعادة الابدية فيكون محض منفعة
في الامور الدنيوية والاخروية بخلاف الارتداد فانه محض مضرة
وفي المحيط روى ابن ابي مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة رجع
الى قول ابي يوسف وقال الشافعي وزفر اسلامه ليس باسلام

وارتداده

وارتداده ليس بارتداد اما الاسلام فلانه تبع فيه لابويه
فلا يجعل اصلا لان التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة
وبينهما تناف واما الارتداد مضرة محضة لانه سبب لحرمان
ارثه والفرقة بينه وبين امراته المشركة والمسلمة والامتناع
وجوب نفقته على ابويه او غيرهما واقاربه والصبي ليس
باهل للمضار كالطلاق والعتاق ولابي حنيفة ومحمد في الاسلام
انه اتى بحقيقته الكفر وهو الجحود والانكار ونحو عبر
التصديق بالجنان صح
والاقرار باللسان وفي الردة اتى بحقيقة الكفر وهو الجحود
والانكار وقد اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم الصبي فيصح
منه روى البخاري في تاريخه عن عروة قال اسلم علي وهو
ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في مستدركه وقال صحيح على
شرط الشيخين ولم يخرجاه عن ابن عباس ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم دفع الراية الى علي يوم بدر وهو ابن عشرين
سنة قال الذهبي في مختصره وهذا نص في انه اسلم وله اقل من
عشر سنين بل نص في انه اسلم ابن سبع سنين او ثمان سنين
وهو قول عروة انتهى وقد افتخر علي رض في شعره **شعر**
سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي وروى
البخاري في صحيحه قال كان غلام يهودي يخدم النبي صلى الله
عليه وسلم فمرض فاتاه عليه السلام يعوده فقعد عند
راسه فقال له اسلم فنظر الى ابيه وهو عنده فقال اطع ابا
القاسم فاسلم فخرج النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقول
الحمد لله الذي انقذه من النار وعرض عليه السلام الاسلام
على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ ولولا انه يعتبر منه لم يعرضه
عليه السلام واما الصبي الذي لا يعقل فلا يصح ارتداده
ولا اسلامه كالمجنون لان اقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر

ولو ارتد السكران الذي لا يعقل لا يصح ارتداده وبه قال
مالك واحمد في رواية والشافعي في قول لانه غير عالم بما يقول
والردة تبتني على هذا ويحكم باسلام على تبدل الاعتقاد هذا
ويحكم باسلام الوثني وشبهه بتلفظه باحدي كلمتي
الشهادة ولو سكران او مكرها لقوله عليه السلام امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ويحكم باسلام
الكتابي بتلفظه بكلمتي الشهادة مع التبري عن دينه
الذي كان عليه وقع دخوله في دين الاسلام ويكفر من وصف
الله تعالى لان من اهل الكتاب من يعتقد نبوة محمد عليه
السلام ويدعي انه رسول للعرب خاصة فلا بد من تبريه
من دينه ودخوله في دين الاسلام ويكفر من وصف الله تعالى
بما لا يليق به تعالى وتقدس او سخر باسم من اسمائه
او استخف به او بامر من اوامره ونواهيه او انكر وعده بالثواب
للصالحين او وعيده من العذاب للطالحين او عاب النبي
عليه السلام ولو بشعرة من شعراته لانه استخفاف عن كلمة
الله من كل وجه او انكر خلافة الشيخين لثبوتها بالاجماع
او صحبة ابي بكر لثبوتها بالنص حيث قال تعالى اذ يقول
لصاحبه وعليه اتفاق المفسرين او رمى عايشة بما برأها
الله منه من قول اهل الافك لانه انكار لما ثبت في كتاب الله
وفي المحيط معزيا الى الفتاوي الساحر ان اعتقد انه خالق
لما يفعل فان تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شيء وتبرا عما
اعتقد يقبل توبته ولا يقتل لانه كافر اسلم وان لم يتب قتل
لانه مرتد وقال ابو حنيفة في المجرد تقتل ولا يقبل قوله ان
اترك السحر واتوب منه اذا شهد الشهود انه الان ساحرا
واقر بذلك وكذا المراة الساحرة تقتل وفي المنتقى انها لا تقتل

ولكن

ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول اصح لما في البخاري وسنن
ابو داود ومسند احمد ان عمر كتب الى نوابه ان اقتلوا الساحر
والساحرة ولما رواه الدارقطني عن جندب مرفوعا حد الساحر
ضربة بالسيف ولانه ضرر كفر بقا وهو السحر يتعدي فيكون
ساعية في الارض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية وذلك لدفع
فسادها الذي يفرق بين المرء وزوجه ولا يقبل توبتهما
في الاصح لان ما تقتل لاجله لا يرتفع بالتوبة وقيل يقبل لانه
لا يلزم عن عدم ارتفاعه العمل به كالسلاح في يد اللص التايب
ثم تعلم السحر وتعليمه حرام بلا خلاف بين اهل العلم ومن
اعتقد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك واحمد يكفر الساحر
بتعليمه وتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه اولا ويقتل واما
الكاهن وهو العراف الذي يحدس وقيل الذي له راي من الجن
يأتيه بالاخبار فقال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون
له ما يشاء كفر وان لم يعتقد لم يكفر والبغاة جمع باغ قوم
مسلمون خرجوا عن طاعة الامام الحق وهو الذي اجتمع
عليه المسلمون او ثبتت امامته بعهد من الامام الحق ه
يدعوهم الامام الى العود الى طاعته ويكشف شبهتهم
لما في مصنف عبد الرزاق وسنن النسائي الكبرى في خصايص
علي عن ابن عباس انه قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا
في دار وكانوا ستة الاف فقلت لعلي يا امير المومنين ابرد
بالصلاة لعلي اكلم هولاء القوم قال اني اخافهم عليك
قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دارهم
وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك
قلت اتيتكم من عند اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم المهاجرين
والانصار ومن عند ابن عم النبي وصهره وعليهم نزل القران

حربي

فهم اعلم بتاويله منكم وليس فيكم منهم احد لابلغنكم ما يقولون
وابلغهم ما تقولون فمن لي بنفر منهم اي عرض قلت هات
ما نقمتم على اصحاب رسول الله وابن عمه وختنه واول من امن
به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا احدهن انه حكم الرجال في دين
الله وقد قال الله ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة وقالوا
واما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان كانوا الكفار لقد
حلت لنا نساؤهم واموالهم وان كانوا مومنين لقد حرمت علينا
دماؤهم قلت هذه اخرى قالوا الثالثة فانه محا نفسه من امير
المومنين فان لم يكن امير المومنين فهو امير الكافرين قلت عندكم
شي غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم ارايتم ان قرات
عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم
هذا اترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم حكم الرجال
في دين الله فانا اقرا عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب
ثمنها ربع درهم قال تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله
يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المراة وزوجها وان خفتم شقاق
بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها انشدكم الله
احكم الرجال في حقن دمائهم وانفسهم واصلاح ذات بينهم
احق ام في حق ارنب ثمنها ربع درهم فقالوا اللهم في حقن
دمائهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجت من هذه قالوا
اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم اتسبون
امكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي
امكم لئن فعلتم لقد كفرتم وان قلتم ليست بامنا فقد كفرتم
قال تعالى النبي اولى بالمومنين من انفسهم وازواجه امهاتهم
فانتم بين ضلالتين فاتوا منها بمخرج اخرجت من هذه الاخرى
قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم محا نفسه من امير المومنين

فان

فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية
على ان يكتب بينهم كتابا فقال اكتب هذا ما قاضى عليه محمد
رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك لرسول الله
ما صددناك قال وان كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله
فرسول الله خير من علي وقد محا نفسه ولم يكن محوه من
ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم
نعم فرجع منهم الفان وبقي سايرهم فقتلوا على ضلالتهم
فقتلهم المهاجرون والانصار ولان توبتهم ترجى ولعل
الشر يندفع بالتذكرة قال تعالى وذكر فان الذكرى تنفع
المومنين وهذه الدعوى ليست بواجبة لانهم قد علموا لماذا
يقاتلون فصاروا كالمرتدين تحيزوا اي اخذوا مكانا مجتمعين
اي وللقتال متهيئين حل لنا قتالهم ابتدا كما في الذخيرة
والمبسوط والايضاح وفي مختصر القدوري انه لا يحل ان نبداهم
بالقتال بل ان قاتلوا قاتلناهم حتى تتفرق جمعهم وهو قول
مالك والشافعي واحمد لانه لا يحل قتل مسلم الا دفعا وهم
مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح لقتالهم
ولنا ان خروجهم على الامام معصية ومنكر وقتالنا لهم
عليه نهي عنه فنقاتلهم وان لم يبدونا ولقوله تعالى فقاتلوا
التي تبغي حتى تفيء الى امر الله من غير قيد بالبداة منهم ولقول
علي مرفوعا سيخرج قوم في اخر الزمان حداث الاسنان
سفهاء الاحلام يقولون بقول خير البرية لا يجاوز ايمانهم
حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما
لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم
القيامة رواه احمد والشيخان ولان الحكم يدار على دليله
ودليل القتال منهم وهو التخير والتهيو والاجتماع موجود

فها هنا لما قاتلوا انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة الى تقويتهم وفي
مصنف ابن ابي شيبة عن علي كرم الله وجهه انه قال يوم الجمل
لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ومن القى سلاحه فهو امن
وفي لفظ له عن الضحاك ان عليا لما هزم طلحة واصحابه
امر مناديا فنادى ان لا يقتل مقبل ولا مدبر ولا يفتح باب
ولا يستحل فرج ولا مال هذا ويجوز قتالهم بكل ما يجوز به قتال
اهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار
عليهم والبيات بالليل لان قتالهم فرض كقتال اهل الحرب
والمرتدين وقال مالك والشافعي واحمد لا يجوز قتالهم بالمنجنيق
وارسال الماء والنار الا اذا لم يندفعوا بدونه **ويجهز على جريحهم**
اي يسرع قتله ويتمم **ويتبع موليهم** كيلا يلحقا بهم وبه قال
مالك وبعض اصحاب الشافعي **ان كان لهم فئة** تبديدا لاندفاع
شرهم فاما اذا لم يكن لهم فئة فدون الاجهاز على جريحهم والا
تباع لموليهم وعليه يحمل ما سبق عن علي كرم الله وجهه
وقال الشافعي لا يجوز الاجهاز ولا الاتباع في حال وجود الفئة
كما لا يجوز في حال عدمها وبه قال احمد ولنا انهم اذا كان لهم فئة
يرجع الجريح والمولي الى فئتهم ويصيران حربا علينا ولا كذلك
حال عدم الفئة **ولا تسبى ذريتهم ويحبس مالهم الى ان يتوبوا**
فيرد عليهم اجماعا لانهم مسلمون في دار الاسلام فيكون اموالهم
وذريتهم معصومة بالعصمتين وانما يحبس مالهم عنهم دفعا
لشرهم وكسرا لشوكتهم **ويستعمل سلاحهم وخيلهم عند**
الحاجة وبه قال مالك واحمد في رواية وقال الشافعي لا يجوز وهو
رواية عن احمد لانه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه
ولنا ما رواه ابن ابي شيبة في اخر مصنفه في باب وقعة
الجمل ان عليا قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه اي

غلبوا

غلبوا من كراع وسلاح وفي الهداية وكانت تلك القسمة للحاجة
لا للتمليك وللامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة
ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع
الاعلى ويباع كراعهم ويحبس ثمنه لان حبس ثمنه ايسر
واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب وزالت الفتنة رد
عليهم **وباغ قتل عادلا ان ادعى** الباغي حقيته اي كونه
على الحق بان قال قتلته وانا على الحق **يرث** منه وان قال
قتلته وانا على الباطل فلا يرث منه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث في الوجهين وهو قول الشافعي
لانه قتل بغير حق فيحرم الميراث اعتبارا بالخطا ولهما انه
قتل بتاويل فيسقط معه الضمان فلا يوجب حرمان
الارث لانه من باب العقوبة **كعكسه** اي كما يرث العدول
من الباغي اذا قتله لانه قتله بحق وفي الهداية والبدايع ان
العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه
مامور بقتالهم دفعا لشرهم قال تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى
تفيء الى امر الله والباغي اذا قتل العادل او اتلف ماله قال تعالى
لا يضمن ولا ياثم لانه متاول عندنا وفي رواية قال احمد والشافعي
في قول لقول الزهري ان الفتنة الاولى ثارت واصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجمع
رايهم على ان لا يقيمون على احد حدا في فرج استحلوه بتاويل
القران ولا قصاصا في دم استحلوه بتاويل القران ولا يرد
ما لا استحلوه بتاويل القران الا ان يوجد شيء بعينه
فيرد الى صاحبه وقال الشافعي في قول اخر يضمن وبه قال
مالك **ولا يجب شيء بقتل باغ مثله في عسكرهم** وقال مالك
والشافعي يجب موجب جنايته لان كل موضع يجب فيه العبادات

في اوقاتها وتوكرار اهل العدل يجب فيها ما يجب فيها ولنا ان موضع
البغاة كالحرم لما خرج عن ولاية كدار الحرب فلم يجب فيه الحدود والقصاص
لان اقامتها للامام ولا ولاية له عليهم حال وجود موجباتها
فلا يكون موجبة القتل ان علم انه منهم لجهة اعلمه في وقتها
ولا تنقلب موجبة بعده كالقتل في دار الحرب وكره بيع السلاح
من اهل الفتنة ان علم منهم لانه اعانة على المعصية وقد قال
تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
ولا باس ببيعه ممن لم يعلم انه منهم والله سبحانه اعلم

كتاب الجنايات

الجناية في اللغة ما يجرم من الفعل سواء كان في نفس او مال او غيرهما
وفي الفقه فعل محرم في نفس ويسمى قتلا او طرف ويسمى قطعا
وجرحا والقتل فعل يضاف الى العبد تزول به الحياة وزوال
الحياة بدون فعل العبد يسمى موتا والكلام هنا في قسم القتل
الذي يتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان
الارث والاثم على ما ذكر محمد في الاصل ثلاثة عمد وخطا وشبه
عمد القتل العمد هو ضرب قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح
ومحدد ولو كان المحدد من خشب او حجر وهو المحددة
او قشر قصب وهو الليطة او ابرة في المقتل وهذا رواه ابن
كمالك والشافعي ما لا يطيقه البدن من المثقل في كون القتل
به عمدا ولا يشترط في الحديد ونحوه الجرح في ظاهر الرواية
قيد بالقصد لان موجب هذا الفعل الاثم وهو لا يتحقق الا
بالقصد لان الخطا والنسيان مرفوع عن هذه الامة وقيد
القصد بما يفرق الاجزاء لان قصد القتل من افعال القلب
وهي لا نوقف عليها فاقيم استعمال الالة القاتلة غالبا
وهي المعروفة للاجزاء مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام

والنوم مضطجعا مقام الخارج من احد السبيلين والبلوغ مقام
اعتدال العقل وبه اي بالقتل العمد لا بغيره من انواع القتل
ياثم القاتل بالاجماع ولقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم خالدا فيها الاية ولما اخرجه البخاري عن ابن عمر
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يزال المسلم في فسحة
من دينه ما لم يصب دما حراما والاحاديث في هذا الباب كثيرة
ويجب عطف على ياثم القود اي القصاص عينا الا ان
يعفوا الاولياء فيسقط القود بعفوهم لا الى شي او ان يصالحوا
على مال فيجب ذلك المال بالصلح لا بالقتل لان حقهم القود
وقد اسقطوه ووجوب القود عينا هو المرجح من قولي الشافعي
ورواية عن مالك وقول النخعي وسفيان الثوري وابن
شبرمة ويخير الولي في قول للشافعي بين القصاص
واخذ دية بغير رضا القاتل وهو قول احمد ومالك في رواية
وابن سيرين وابن المسيب وجمهور المحدثين لما اخرجه
اصحاب الكتب الستة عن يحيى بن ابي كثير عن ابي سلمة
عن ابي هريرة قال لما فتح الله على رسوله صلى الله عليه
وسلم مكة قام في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم قال ان
الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين
الى ان قال ثم قال ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين
اما ان يعطي الدية واما ان يقاد اهل القتيل وما اخرجه
ابو داود والترمذي عن ابي شريح الخزاعي الكعبي قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فتح الله عليه مكة
الا انكم يا معشر خزاعة قتلتم هذا القتيل من هذيل
واني عاقلته فمن قتل له بعد مقالتي هذه قتيل فاهله
بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا العقل ولفظ

ابي داود اما ان ياخذ العقل او ياخذ القود وفي رواية او يقتلوا
وما رواه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل متعمدا دفع
الى اولياء المقتول فان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا اخذوا الدية
وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون خلفة وما
صالحوا عليه فهو لهم ولنا قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى فايجاب المال زيادة عليه وقوله تعالى وكتبنا عليهم
فيها ان النفس بالنفس والمراد القتل العمد لان الله تعالى
اوجب الدية في القتل الخطا بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا وما اخرجه
ابن ابي شيبة واسحاق بن راهويه عن ابن عباس قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم العمد قود الا ان يعفو ولي المقتول
وزاد اسحاق والخطا عقل لا قود فيه وشبه العمد قتيل العصا
والحجر ورمي السهم فيه الدية مغلظة من اسنان الابل وما رووه
محمول على رضى القاتل وانما لم يذكر رضاه في الحديث لان ذلك
معلوم فان من اشرف على الهلاك اذا تمكن من دفع الهلاك
عن نفسه باداء المال لا يمتنع من ذلك الا من سفهت نفسه وهذا
كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير
وان شئت عروضا ومعلوم انه لا ياخذ غير جنسه الا برضى المديون
وهذا فاش في الكلام ومنه قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك
او راس مالك اي لا تاخذ الا سلمك عند الحق في العقد ولا
تاخذ الا راس مالك عند الفسخ ومعلوم انه لا ياخذ راس ماله
الا برضى الآخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهما او على ان المراد
عدم جبر الولي على اخذ الدية ويؤيد ما ذكرنا ما روى البخاري
عن انس ان الربيع بنت النضر لطمت جارية فكسرت سنها

فطلبوا

فطلبوا العفو فابوا فعرضوا عليهم الارش فابوا الا
القصاص فجاء اخوها انس بن النضر وقال يا رسول
الله اتكسر سن الربيع والذي بعثك بالحق لا تكسر
سنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب الله
القصاص فرضي القوم وعفوا فقال عليه السلام
ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره ولو كان يجب
الخيار للولي بين القصاص والارش لخيرها عليه السلام
حال ولم يعلمها بالخيار من ذلك لان الحاكم اذا تقدم اليه
احد في شيء يجب له من شيئين وثبتت عنده لا يحكم له
باخذ الشيئين بل يحكم له بان يختار احدهما وان صالح القا تل
الاولياء كلهم يجب العوض عليه قليلا كان ما صالح او كثيرا
حالا كان او مؤجلا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء
فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قيل نزلت في الصلح
وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو
الموافق للام فان عفي اذا استعمل باللام كان معناه البذل
اي فمن اعطي من جهة اخيه المقتول شيئا من المال بطريق
الصلح فاتباع اي فليتبع من اعطي وهو ولي المقتول مطالبة
بدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة واكثر المفسرين
على انها في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه
يراد البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه
في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل
اولياء فعفي بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو
الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمر وابن
مسعود وابن عباس فاتباع بالمعروف اي فليتبع غير
العافي بطلب حصته وليؤد القاتل اليه حصته وافيا

من غير نقص والقتل **شبه العمد ضرب قصداً بغير ما ذكر**
في العمد كالعصا والسوط والحجر والخشب غير المحدد هذا عند
ابي حنيفة وعندهما ضرب قصداً بما لا يقتل غالبا وفي المبسوط
سمي هذا القتل شبه العمد اي خطا يشبه العمد لما فيه من معنى
العمد بالنظر الى قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطا بالنظر
الى انعدام قصد القتل فشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد
القاتل بكل الة لم توضع للقتل وعندهما بكل الة لا تقتل
غالبا وعند مالك والشافعي واحمد بكل الة او فعل لا يصلح للقتل
فلو ضربه بسوط صغير ضربا او ضربين فمات فهو شبه عمد
عند الكل ولو ضربه بسوط صغير ووالى بين الضربات الى ان
مات فان كان جملة ما والى بحيث يقتل مثله غالبا فهو عمد
محض على قولهما وبه قال مالك والشافعي وقال بعض
المشايخ هو شبه العمد على قولهما كقول ابي حنيفة ولو القاه
من جبل او سطح او غرقه في الماء فشبه عمد عند ابي حنيفة
وعمد عندهما ولو خنقه فمات فهو شبه عمد الا ان يكون معروفا
بذلك النوع من القتل وعند مالك والشافعي واحمد يجب القود
ولو ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو شبه العمد عند ابي
حنيفة وعمد عند غيرهم لما في الصحيحين من حديث انس
ان رجلا ارضخ راس امراة بين حجرين فقتلها فرضخ رسول
الله صلى الله عليه وسلم راسه بين حجرين وبما رواه البيهقي
من طريق سعد ان رجلا رمى بحجر فقتله فاقاده النبي صلى
الله عليه وسلم وما اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجه عن
ابن جريج عن عمرو بن دينار انه سمع طاوسا يحدث عن ابن عباس
عن عمر انه نشد قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين
فقام حمل ابن النابغة فقال كنت بين امراتين فضربت احداهما

الاخرى

الاخرى بمسطح فقتلها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم بغرة اي عبدا وامة وان يقتل بها والمسطح عمود الخباء ولانه
قصد الى الضرب بالة تقتل بمثلها في الغالب فيتعلق به القصاص
كالمحدد ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم الا ان دية
الخطا شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها
اربعون في بطونها اولادها رواه ابن حبان واصحاب السنن
سوى الترمذي وما اخرجه ابو داود والترمذي والنسائي وابن
ماجه عن سليمان بن كثير عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن
عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل في عميا
او رميا بحجر او سوط او عصا فهو خطا وعقله عقل الخطا ومن قتل
عمدا فهو قود ومن حال دونه فعليه لعنة الله والملائكة والناس
اجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل ووجه الدلالة انه لم يفصل
في العصا والحجر بين الكبير والصغير وفي النهاية العميا بالكسر
والتشديد والقصر فعلى من العمى ومن قتل في عميا اي وجد
قتيلا وعمي امره ولم يتبين قاتله والرميا كذلك مصدر من الرمي
بمعنى المراماة يراد به المبالغة واخرج ابن ابي شيبة مثل قوله
عن علي والشعبي والحكم وحماد وابراهيم النخعي واجيب عن حديث
اليهودي بانه يحتمل انه كان قاطع طريق وقاطع الطريق اذا قتل
باي شيء كان يقتل به حدا او انه عومل معاملته لكونه ساعيا
في الارض بالفساد **وفيه** اي في شبه العمد **الاثم** لانه ارتكب
فعلا محرما وهو الضرب قصدا **والكفارة** لشبهه بالخطا بالنظر
الى الالة **ودية** لانه خطا من وجه فسقط القود ووجبت
الدية وهي **مغلظة** لما ياتي **على العاقلة** لانها وجبت
بالقتل ابتداء فكانت على العاقلة لانها وجبت بالقتل ابتداء
فكانت على العاقلة كالخطا وتجب **في ثلاث سنين** لما اخرجه

ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما بأسانيد مختلفة عن عمر
ابن الخطاب أنه جعل الدية كاملة في ثلاث سنين وهو أي
شبه العمد فيما دون النفس من الأعضاء عمد أي كعمد لأن
إتلاف ما دون النفس يقصد بالضرب وفي الخطأ قصدا غير مقدم
فعلا أي حال كونه فعلا أو حالا كونه قصدا كرميه غرضا وهو
الهدف الذي يرمى إليه فأصاب آدميا هذا مثال للخطأ في الفعل
لأن فعله لم يقع في المحل الذي قصده أو رمية مسلما ظنه صيدا
أو ظنه حربيا هذا مثال الخطأ في القصد لأنه أصاب المحل الذي
قصده وإنما أخطأ في ظن المسلم حربيا أو صيدا وما جرى مجراه
عطف على الخطأ والضمير له كنائم سقط أو انقلب على آخر
فإنه كفارة هذا مبتدأ مؤخر ودية في ثلاث سنين عليها
أي على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
إلى أهله وهذا النوع من القتل لا يأثم القاتل فيه للقتل بل يأثم
بترك التحرز والتثبت في الفعل لأن الكفارة يؤذن بالإثم
لأنه للستر ولا يستر بدون الإثم ولا إثم باعتبار نفس الفعل
فيكون باعتبار ما ذكرناه إلا أن فعل النائم ليس بعمد ولا خطأ
لأنه لا يتصور قصد من النائم حتى يتصور منه ترك التحرز
ولكن الانقلاب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق من
النائم فجرى مجرى الخطأ في جميع الأحكام وفي الذخيرة قصد
أن يضرب يد رجل فأصاب عنقه فهو عمد وفيه القود ولو
أصاب عنق غيره فهو خطأ لأن البدن محل واحد فيما يرجع إلى
قصد الضارب ففي الأولى أصاب المحل الذي قصده وفي الثاني
أصاب غيره وفي المجتبى وبهذا تبين أن قصد القتل ليس بشرط
لكونه عمدا وفي القتل غير مقدم بسبب كحفر بئر في غير ملكه ونحوه
مما موضع حجر في غير ملكه وتلف به آدمي وكذا ما في المتن دية

مبتدا

مبتدأ مقدم عليها أي على العاقلة لأنه فعل سبب التلف وهو
التعدي فكان كالدافع والملقي فيه فيجب الدية صيانة للأنفس
وعلى العاقلة تخفيفا عليه لأن القتل بهذا الطريق دون
القتل بالخطأ ولهذا لا كفارة فيه ولا إرث للقاتل في نوع من
أنواع القتل إلا فيه وذلك لقوله عليه السلام ليس للقاتل
من الميراث شيء رواه النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده مرفوعا ورواه مالك عن عمر مرسلا وإنما استثني هذا
لما سبق وقال مالك والشافعي وأحمد يجب الكفارة وحرمان
الإرث كالخطأ لأن الشرع جعله قاتلا في حق الضمان فكان
كالمباشر وصار كما لو وطئ دابة إنسانا ولنا أنه ليس بمباشر للقتل
حقيقة لأن مباشرة القتل اتصال فعل من القاتل بالمقتول
ولم يوجد هنا إلا اتصاله بالأرض وإنما ألحق بالمباشر في الضمان
صيانة للدم عن الهدر على خلاف الأصل فبقي في حق الكفارة
وحرمان الإرث على الأصل فلم يأثم بالحفر في ملك غيره على ما
قالوا ولا يأثم بالموت والكفارة لذنب القتل ولنا أيضا قوله
عليه السلام خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله وقتل النفس
بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع
بها مالا بغير حق رواه أحمد بسند جيد ونقصان الصبي بكسر فتح
والإضافة بيانية أي ونقصان هو الصبي بأن كان القاتل
بالغا والمقتول دون البلوغ ونقصان الأنوثة بأن القاتل رجلا
والمقتول أنثى ونقصان الرق بأن كان القاتل حرا والمقتول
رقيقا ونقصان كفر الذمي بأن كان القاتل مسلما والمقتول ذميا
ونقصان الأطراف بأن كان القاتل كامل الأطراف والمقتول
ناقصها هدر بفتح الدال وسكونها أي ساقط غير معتبر في
القود حتى كان الكامل في جهة من هذه الجهات يقتل بالناقص

بينهما بعموم قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ولوجود
المساواة في العصمة وهي المعتبرة في هذا الباب اذ لو اعتبرت
المساواة في ما وراءها لانسد باب القصاص وعن عطا والحسن
البصري اذا قتل الرجل المراة ان شاء اخذ ديتها ستة الاف درهم
وان شاء رفع الى ولي القاتل ستة الاف وقتله وقيد بالذمي لان نقصان
كفر المستامن ليس بهدر لانه غير محقون الدم على التابيد لانه على
قصد الرجوع الى دار الحرب فلا يقتل مسلم بمستامن لعدم المساواة
في اصل العصمة ويقتل المستامن بالمستامن قياسا وبه قال مالك
والشافعي واحمد لانهما حقنا دمهما بالامان فصارا متكافئين
ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح وهو الكفر الباعث على الحراب
وقال مالك والشافعي واحمد لا يقتل الحر بالعبد بل يضمن قيمته
لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد قابل الجنس بالجنس
ومن ضرورته ذلك الا يقتل بالعبد ولان القصاص يعتمد
المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية
امارة القدرة والمملوكية امارة العجز ولنا عموم قوله تعالى
وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وما اخرجه اصحاب
الكتب الستة عن مسروق عن عبد الله بن مسعود قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم يشهد
ان لا اله الا الله واني رسول الله الا باحد ثلاث الثيب
الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة
وما اخرجه ابو داود والنسائي عن عائشة ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لا يحل قتل مسلم الا باحدى ثلاث خصال
زان محصن يرجم ورجل يقتل مسلما متعمدا ورجل يخرج
من الاسلام يحارب الله ورسوله فيقتل او يصلب او ينفى
من الارض ومقابلة الحر بالحر لا تنافي مقابلة الحر بالعبد اذ ليس

فيه

فيه الا بذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك
لا يوجب تخصيص ما بقي ومحله ان النفي مخصوص بالذكر
وهو لا ينفي ما عداه الا ترى انه قابل الانثى بالانثى ولا يمنع
ذلك مقابلة الذكر بالانثى فكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر
حتى يقتل به العبد اجماعا وهما مستويان في العصمة وهي
بالدين عندهم وبالدار عندنا وسبب هذه المقابلة قول ابن
عباس كانت المقاتلة بين بني النضير وبني قريظة وكانت
بنو النضير اشرف وكانوا يعدون بني قريظة على النصف
منهم فتواضعوا على ان العبد من بني النضير مقابلة الحر من بني
قريظة والانثى منهم مقابلة الذكر من بني قريظة فنزلت
الاية ردا عليهم وبيانا ان الحر مقابلة الحر والعبد مقابلة
العبد والانثى مقابلة الانثى من القبيلتين جميعا فكانت
اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس وقال الشافعي
ايضا لا يقتل المسلم بالذمي وهو قول مالك واحمد وابي ثور
والثوري والاوزاعي وزفر واصحاب الظاهر وقول عطا والحسن
البصري وفي المبسوط ان الخلاف فيما اذا كان القاتل حال
القتل مسلما اما لو كان حال القتل ذميا ثم اسلم فانه يقتص
منه بالاجماع لهم ما اخرجه البخاري في كتاب العلم وفي موضعين
من كتاب الديات عن ابي جحيفة قال سالت عليا هل عندكم
شيء مما ليس في القران فقال العقل اي الدية وفكاك الاسير
وان لا يقتل مسلم بكافر وما اخرجه ابو داود والنسائي عن قيس
بن عباد قال انطلقت انا والاشتر الى علي فقلنا له هل عهد
اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا لم يعهده الى الناس
عامة قال لا الا ما في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه
فاذا فيه المؤمنون تتكافا دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى

بذمتهم اذ ناقهم الا لا يقتل مومن بكافر ولا ذو عهد في عهده
من احدث حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة
والناس اجمعين ولانه لا مساواة بين المسلم والكافر
وقت الجناية لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب
الجنة والقصاص مبني على المساواة ولان الكفر مبيح للدم
وهو وقت عقد الذمة موجود فاورث شبهة دارئة
للقصاص ولنا عمومات الكتاب والسنة منها ما رواه الدار
قطني في سننه عن عمار ابن مطر ثنا ابراهيم بن محمد الاسلمي
عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن عن ابن البيلماني عن ابن عمر ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وقال انا اكرم
من وفى بذمته ولكن لم يسنده غير ابراهيم بن ابي يحيى وهو
متروك الحديث والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني
مرسلا ثم رواه من طريق عبد الرزاق انا الثوري عن ربيعة
ابن ابي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن البيلماني ان النبي
صلى الله عليه وسلم مرسلا ورواه الشافعي في مسنده اخبرنا
محمد بن الحسن انا ابراهيم بن محمد بن المنكدر عن عبد الرحمن
ابن البيلماني فذكره قال في التنقيح وعبد الرحمن البيلماني
وثقه بعضهم وضعفه بعضهم وانما اتفقوا على ضعف ابنه
محمد وروى ايضا عن محمد بن الحسن انبانا قيس بن الربيع
الاسدي عن ابان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن عبد
الله بن عبد الله مولى بني هاشم عن ابي الجنوب الاسدي
قال اتي علي بن ابي طالب برجل من المسلمين قتل رجلا من اهل
الذمة قال فقامت عليه البينة فامر بقتله فجاء اخوه
فقال قد عفوت فقال لعلهم فزعوك او هددوك قال لا ولكن
قتله لا يرد علي اخي وعوضوني قال انت اعلم من كان له ذمتنا

فدمه

فدمه كدمنا وديته كديتنا وروى البيهقي في المعرفة من
طريق الشافعي انا محمد بن الحسن انا ابو حنيفة عن حماد
عن ابراهيم ان رجلا من بكر بن وائل قتل رجلا من اهل
الحيرة فكتب عمر بن الخطاب ان يدفع الى اولياء المقتول
فان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا عفوا فدفع الى ولي المقتول رجل
يقال له حنين من اهل الحيرة فقتله فكتب عمر بعد ذلك
ان كان الرجل لم يقتل فلا تقتلوه فراوا ان عمر اراد ان
يرضيهم ومنها حديث عبد الله ابن مسعود السابق في
المسألة التي قبل هذه ومنها ما روى عبد الرزاق في مصنفه
عن سفيان الثوري عن حماد عن ابراهيم ان رجلا مسلما
قتل رجلا من اهل الكتاب من اهل الحيرة فاقاد منه عمر
وما روى ايضا في مصنفه عن معمر عن عمرو بن ميمون ابن
مهران قال شهدت كتاب عمر بن عبد العزيز قدم الى امير
الحيرة في رجل مسلم قتل رجلا من اهل الذمة ان ادفعه الى وليه
فان شاء قتله وان شاء عفا عنه قال فدفعه اليه فضرب
عنقه وانا انظر وروى الطحاوي في شرح مشكل الاثار
حدثنا ابراهيم بن ابي داود ثنا عبد الله بن صالح حدثني الليث
ابن ابي بكر الصديق قال مررت بالبقيع قبل ان يقتل
عمر فوجدت ابا لؤلؤة والهرمزان وجفينة يتناجون
فلما رأوني ثاروا فسقط منهم خنجر له راسان ونصابه
وسطه فلما قتل عمر راه عبيد الله بن عمر فاذا هو الخنجر
الذي وصفه له عبد الرحمن فانطلق عبيد الله ومعه السيف
فقتل الهرمزان فلما وجد مس السيف قال لا اله الا الله
وعدا على جفينة وكان من نصارى الحيرة فقتله وانطلق
الى ابنة ابي لؤلؤة صغيرة تدعي الاسلام فقتلها واراد ان

عن عقيل عن ابن شهاب قال اخبرني
سعيد بن المسيب ان عبد الرحمن
ابن ابي بكر

لا يترك منا السبي يوميذ احدًا الا قتله فاجتمع عليه المهاجرون
فزجروه وعظموا عليه ما فعل ولم يزل عمرو بن العاص معه
يتلطف به حتى اخذ منه السيف فلما استخلف عثمان دعا
المهاجرين والانصار وقال لهم اشيروا علي في هذا الذي
فتق في الدين ما فتق فاشار عليه بعض الصحابة
بقتل عبيد الله وقال جماعة من الناس ابعد الله جفينة والهرمزان
اتريدون ان تتبعوا عبيد الله اباه ان هذا الراي سوء وقال
عمرو بن العاص يا امير المومنين ان هذا كانت قبل ان يكون
لك على الناس سلطان فتفرق الناس على كلام عمرو
ابن العاص وودي الرجلين والجارية وفيه دليل على سقوط
الحد الواقع من البغي فلما ولي علي ابن ابي طالب اراد قتله
فهرب منه الى معاوية فقتل ايام صفين وكذا رواه ابن سعد
في الطبقات قال الطحاوي في هذا الحديث ان المهاجرين
اشاروا على عثمان بقتل عبيد الله وقد قتل الهرمزان
وجفينة وهما ذميان فان قيل انما اشاروا عليه لقتله ابنة
ابي لولوة صغيرة تدعي الاسلام لا لقتله اياهما قلنا قولهم
ابعد الله جفينة والهرمزان يدل على انه اراد قتله بهما
والله سبحانه اعلم انتهى وتقدم الخلاف في اسلام الصبي
كما لا يخفى واما قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر فالمراد
بالكافر قوله ولا ذو عهد في عهده وهذا معطوف على
الحربي بدليل ح
المسلم اي ولا يقتل ذو عهد بكافر وانما لا يقتل ذو العهد
بالكافر الحربي ولو كان المراد به الذمي لما صح جريان القصاص
بين الذميين فان قيل جاز ان يراد بذي العهد المسلم قلنا
العطف يقتضي المغايرة فان قيل هذا ابتداء اي ولا يقتل
ذو عهد في حالة عهده قلنا المراد بالاول نفي القتل قصاصا

لانفي

لا نفي مطلق القتل وكذا الثاني تحقيقا للعطف ثم القصاص
مبني على المساواة في اصل العصمة والمسلم والذمي في ذلك سواء
لانهما انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا والكفر
ليس بمبيح للقتل بنفسه بل بواسطة الحرابة وقد سقطت
بعقد الذمة وصار من اهل دارنا ولهذا كان كفر المراة غير
مبيح لقتلها لانه غير باعث على الحرابة وعمد غير المكلف كصبي
ومجنون ومعتوه كالخطا فيجب الدية على عاقلته لان عليا
رضي الله عنه اوجب الدية على عاقلة مجنون قتل
رجلا بالسيف وقال عمده وخطاوه سواء رواه البيهقي
وهو قول مالك وفي مالك القاتل والشافعي الميراث
والزماه الكفارة **ولا يقاد** من انسان **بمملوكه** ولو كان
مشتركا او مدبرا بلا خلاف بين اهل العلم لانه لا يستوجب
لنفسه على نفسه القصاص **ولا يقاد** من الوالد اي باصله
وان علا من جهة ابيه وامه **بالولد** وان سفل وبه قال
الشافعي واحمد واشهب **وعبده** اي ولا يقاد من الوالد
بعبد الولد ومذهب مالك لا يقاد من الوالد بولده ان قتله
على وجه يثبت فيه الشبهة كما لو حذفه بسيف او نحوه فقتله
ثم ادعى انه لم يرد قتله بل اراد تاديبه اما لو اضجعه وذبحه
او شق جوفه او جز يده فقطعها او وضع اصبعه ففقا بها
فانه يقاد منه لان القصاص يسقط بالشبهة وفي غير ذلك
ونحوه الشبهة ثابتة ولنا اطلاق ما اخرجه الترمذي وابن
ماجة في الديات عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول لا يقاد الوالد بالولد واخرجه
البيهقي بسند صحيح عن عمر وذكر قصة وقال لولا اني
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يقاد الاب

بابنه لتقتلنك فقامت دبته فاتاه بها فدفعها الى جنبه وترك اباه
واخرجه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه عن
ابن عباس قال جاءت جارية الى عمر بن الخطاب فقالت ان سيدي
اتهمني فاقعدني على النار حتى احرق فرجي فقال لها عمر هل
رأى ذلك عليك قالت لا قال فاعترفت له به قالت لا فقال
والذي نفسي بيده لو لم اسمع رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول لا يقاد مملوك من مالكه ولا ولد من والده لاقدتها
منك ثم ابرزه فضربه مائة سوط ثم قال لها اذهبي فانت
حرة لله تعالى وانت مولاة الله ورسوله ولان الولد جزء
من والده متفرع عليه واهلاك الاصل بسبب الجزء والفرع
ليس من مقتضى الحكمة ومحمله انه كان سببا لوجوده فلا يلائم
ان يكون سببا لعدمه واذا اسقط القود عنه بشبهة كقتل الاب
ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلاث سنين لانه مال وجب
بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد ولان تقوم النفس بالمال
غير معقول المعنى وانما عرف شرعا والشرع انما ورد بايجاب
الدية مؤجلة في ثلاث سنين فتعلقنا اتباعه فيه بالولد
لانه يقاد بالوالد من الولد لان الحاجة ما سنذكر في شرع الزاجر
في حقه اذ ربما يحمله على قتل والده الاطماع الفاسد وهذا
قول اكثر اهل العلم **ومكاتب** ي ولا يقاد من القاتل لمكاتب
له وفاء ووارث وسيد لاشتباه من له الحق لانه للمولى
ان مات المكاتب عبدا والوارث ان مات حرا والصحابة اختلفوا
في موته هل هو على صفة الحرية او الرقية فقال علي وابن
مسعود يموت حرا اذا ادى كتابته فيكون الاستيفاء
لورثته وقال زيد بن ثابت يموت عبدا وبه قال الشافعي
واحمد فيكون الاستيفاء لمولاه واما اذا لم يكن له وفاء وله

وارث

وارث غير مولاه كان القصاص لمولاه لانه مات رقيقا
لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر انه قتل عبدا ولو كان
للمكاتب وفاء وسيد فقط كان له القصاص عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا قصاص فيه لاشتباه سبب الاستيفاء
بانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا واختلاف
السبب كاختلاف المستحق **ويسقط دية وقود ورثة ابن**
على ابيه لان الدية والقود عقوبة والابن لا يستوجب عقوبة
على ابيه وصورة المسألة ان يقتل الاب ام امرأته ولها منها
ابن ثم تموت امرأته قبل ان يقتص فان ابنه منها يرث
الذي كان لها من القود على ابيه فيسقط **ولا يقاد** من قاتل
الا بسيف وهو رواية عن احمد وقال الشافعي يفعل به مثل
ما فعل ان كان مشروعا وبه قال مالك واحمد واصحاب
الظاهر وان كان فعلا غير مشروع بان لاط بصغير او وطي
صغيرة حتى قتلها او سقاه خمرا حتى مات اختلف اصحا
فقيل تحز رقبته وقيل في اللواطة يتخذ له آلة مثل الذكر
يفعل به مثل ما فعل وفي الخمر يسقى الماء حتى يموت
ولو فعل به مثل ما فعل فلم يمت ففيه قولان احدهما انه
يكرر ذلك الفعل حتى يموت وبه قال مالك وثانيهما انه
يعدل الى السيف احتجوا بقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا
بمثل ما عوقبتم به وقوله فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم وما في الصحيحين عن انس ان جارية من الانصار
قتلها رجل من اليهود على حلي لها رضخ راسها بين حجرين
فسألوها من صنع بك هذا فلان حتى ذكروا لها يهوديا
فاومأت برأسها فاخذ اليهودي فاقر فامر رسول الله
صلى الله عليه وسلم فرضخ راسه بالحجارة ولنا ما اخرجه

ابن ماجه في سننه عن ابي بكرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
واخرجه ايضا فيهما عن النعمان بن بشير عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال لا قود الا بالسيف ولجب معناه لا قود
يجب الا بالسيف لان القود يجب بغير السيف اجماعا واما قوله
تعالى وان عاقبتم فروى الطحاوي عن ابن عباس وابي
هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لما قتل حمزة ومثل
به لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم وفي رواية
والله لامثلن بسبعين رجلا منهم فانزل الله تعالى وان
عاقبتم الاية فصبر رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكفر عن يمينه وقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم يدل على المماثلة وفيما قالوه زيادة عليها واما حديث
اليهودي فما فعله عليه السلام به كان على طريق السياسة
لان اليهودي كان مشهورا بذلك فامر عليه السلام برضخه
لكونه ساعيا في الارض بالفساد لا بطريق القصاص يدل
عليه ما روى مسلم انه عليه السلام امر برجم اليهودي حتى
مات والرجم يجب والراس غيره **ويستوفي الكبير قبل كبر**
الصغير قودا ايضا سواء كان الكبير له التصرف في مال
الصغير او لم يكن وهذا عند ابي حنيفة وبه قال مالك
واحمد في رواية والليث بن سعد وحماد بن سليمان والاوزاعي
وقال ابو يوسف ومحمد اذا لم يكن الكبير وليا له التصرف
في مال الصغير لا يستوفي حتى يدرك الصغير لان القود
مشترك بين الكبير والصغير ولا ولاية للكبير على الصغير
حتى يستوفي حقه ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي
فتعين التاخير الى بلوغ الصبي كما لو كان معهما كبير غايب
ولابي حنيفة ان عليا كرم الله وجهه لما اصابه ابن ملجم

قال في وصيته اما انت يا حسن فان شئت ان تعفو فاعف
وان شئت ان تقتص فاقتص بضربة واحدة واياك والمثلة
فلما استشهد مات علي قتل به وفي ورثته صغار منهم العباس
كان عمره اربع سنين ولان ادراكه العفو معدوم في الحال
وموهوم في الاستقبال فتاخيره ربما يؤدي الى المحال وانما
الكبير الغايب فينتظر لقرب توقع الوصال ولو كان الكبير
وليا للصغير له التصرف في ماله كالاب والجد له ان يستوفي
قبل ان يبلغ الصغير باتفاق اصحابنا ولو كان وليا لا يتصرف
في المال كالاخ والعم فعلى الخلاف **ويجب في القتل مسلم**
مسلما ظنه مشركا عند التقاء الصفين الكفارة والدية
لان هذا احد نوعي الخطا وهو الخطا في القصد والخطا
بنوعيه يوجب الكفارة والدية روى الشافعي في مسنده
عن مطرف عن معمر عن الزهري عن عروة قال كان
ابو حذيفة شيخا كبيرا فوقع في الاطام مع النساء يوم
احد فخرج يتعرض للشهادة فجاء من ناحية المشركين
فابتدره المسلمون باسيافهم وحذيفة يقول ابي ابي فلا
يسمعونه من شغل الحرب حتى قتلوه فقال حذيفة
يغفر الله لكم وهو ارحم الراحمين قال فوداه رسول الله
صلى الله عليه وسلم ومن طريق الشافعي رواه البيهقي
في المعرفة قالوا وانما تجب الدية اذا كانوا مختلطين
حتى لو كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته
بتكثير سوادهم لما اسند ابو يعلى الموصلي في مسنده عن
عمر بن الخطاب الحارث ان رجلا دعا عبد الله ابن
مسعود الى وليمة فلما جاء ليدخل سمع لهوا فلم يدخل
فقيل له لم رجعت قال لاني سمعت رسول الله صلى الله

عليه وسلم يقول من كثر سواد قوم فهو منهم ومن رضي عمل قوم
كان شريك من عمل به ويجب في موت شخص بفعل نفسه بان
شج نفسه وفعل زيد بان شجه وفعل سبع بان عقره وفعل
حية بان اصابته ثلث الدية على زيد في ماله ان كان عمدا
وعلى عاقلته ان كان خطا لان فعل الاسد والحية جنس واحد
لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعل الشخص بنفسه جنس
اخر لكونه مؤاخذا به في الدنيا والاخرة فيكون التالف بفعل
زيد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية وقال الشافعي واحمد في قول
ان كان فعل زيد عمدا يجب عليه القود ومن قتل نفسه يغسل
ويصلى عليه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه
لانه باغ بنفسه ولا شي بقتل مكلف شهر سيفا او سلاحا
على مسلم سواء قتله المشهور عليه او قتله غيره دفعا عن
المشهور عليه او شهر عصا هذا كبيرة عليه في مصر او غيره
ليلا او نهارا الا اذا شهرها نهارا في مصر لما روى احمد في مسنده
والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين من حديث
سليمان بن بلال عن علقمة بن ابي علقمة عن امه عن ابيه
عن عايشة قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم يقول من اشار بحديدة الى احد من المسلمين يريد
قتله عن ابيه وما اخرجه مسلم في الايمان عن سلمة بن الاكوع
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من سل علينا
السيف فليس منا وفي الصحيحين عن ابن عمر مرفوعا
من حمل علينا السلاح فليس منا وفيهما عن ابي موسى نحوه
ورواه النسائي من حديث ابن ابي الزبير والحاكم في المستدرك
عن عمر مرفوعا من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر ولانه
باغ بفعله فسقط عصمته ولان القتل تعين طريقا لدفع

فعله

فعله لان السيف لا يلبث فيحتاج في دفعه الى القتل والعصا
وان كان يلبث الا انه في الليل لا يلحقه الغوث وكذا في
النهار في غير مصر فكان دمه هدرا حتى لو كان امكن دفعه
بطريق اخر لا يسعه قتله والدية ستذكر اخيره في ماله اي
مال المشهور عليه بغير مكلف اي في قتله مجنونا او صبيا
شهر سلاحا او شهر عصا ليلا في مصر او غيره او نهارا في
غير مصر والقيمة في قتل جمل او نحوه صال عليه اي على
قاتله وقال مالك والشافعي واكثر اهل العلم لا شي في الكل
لانه قتله دفعا عن نفسه فكان كقتل الشاهر المكلف
ولانه محمول على قتله بسبب فعله وهو شهر السلاح
والصول فكان كما اذا اكره رجل اخر بان قال له لاقتلنك
او لتقتلن فلانا فقتله المكره حيث لا يجب عليه شي
ولنا ان فعل الصبي والمجنون والدابة غير متصف
بالحرمة لعدم الاختيار الصحيح منهم فلا تسقط العصمة
ولذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون اذا قتلا
ولا الضمان اذا قتلت الدابة ومقتضى هذا ان يجب القصا
على المشهور عليه اذا قتلهما لانه نفسا معصومة الا ان
الدية وجبت لوجود المبيح وهو دفع الشر ولو نظر انسان
في بيت اخر من ثقب او شق باب فطعنه صاحب الدار
بخشبة او رماه بحصاة ففقا عينه ضمنه عندنا ولم يضمنه
عند الشافعي لما روى ابو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لو ان امرا اطلع عليك بغير اذن فخذفته بحصاة ففقات
عينه لم يكن عليك جناح ولنا ان قوله عليه السلام لا يحل
دم امري مسلم الحديث يقتضي عدم سقوط عصمته بهذا
الفعل وان مجرد نظره اليه لا يبيح قلع عينه كما لو نظر من

الباب المفتوح أو دخل بيته ونظر فيه والمراد بما روى
أبو هريرة المبالغة في الزجر عن ذلك ولو أراد رجل
أن يأخذ مال مسلم أو يقطع عضوه أو يزني بامرأته فله
دفعه بغير السيف فإن لم يندفع فيضربه بالسيف وكذا
لو رأى رجلا يزني بامرأته يدفعه بغير السيف وإن لم
يندفع فيقتله ولا خلاف لأهل العلم فيه لقوله عليه
السلام من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون
دمه فهو شهيد ومن قتل دون دينه فهو شهيد ومن
قتل دون أهله فهو شهيد رواه أحمد والترمذي والنسائي
وابن حبان في صحيحه فلو دخل عليه لص ليلا فأخرج
قدر عشرة دراهم فصاح عليه وأنشده الله والإسلام
فلم يتركه فقتله فهدر دمه كما تقدم ولما في صحيح مسلم
عن أبي هريرة قال جاء إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال يا رسول الله أرأيت إن جاء رجل يريد أن
يأخذ مالي قال فلا تعطه مالك أرأيت إن قاتلني قال
قاتله قال أرأيت إن قتلني قال فأنت شهيد قال أرأيت
إن قتلته قال هو في النار وفي الصحيحين عن عبد الله
ابن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من
قتل دون ماله فهو شهيد وفي مسند إسحاق بن راهويه
عن قابوس ابن أبي المخارق عن أبيه قال جاء رجل
إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أرأيت
إن جاء رجل يريد أن يأخذ مالي قال ذكره بالله قال إن
ذكرته بالله فلم يتذكر قال استعن عليه بالسلطان
قال أرأيت إن كان السلطان نائيا عني قال استعن
بمن حضرك من المسلمين قال أرأيت إن لم يحضرني أحد

قال

قال قاتل دون مالك حتى تحرز مالك أو تقتل فتكون
من شهداء الآخرة ولو قتل رجلا وادعى أنه كان يزني
بامرأته وكذبه الولي فلا بد من بينة فقيل يكفي شاهدان
لأن البينة تشهد على وجوده مع المرأة وقيل يأتي بأربعة
لأنه روي عن علي كذلك والخنق والتغريق والإلقاء
من جبل أو سطح أو في بئر لا يوجب القود إلا إذا تكرر منه
ذلك عند أبي حنيفة وخالفاه لقوله عليه السلام
من عرّض عرّضنا له ومن حرّق حرّقناه ومن غرّق غرّقناه
ولأن وجوب القصاص يختص بقتل وهو عمد محض
وذا إنما يباشر بآلة وهي الجارحة وإذا لم تجب الدية
على العاقلة **وجب القود فيما دون النفس من الأعضاء
إن أمكن المماثلة** لقوله تعالى والعين بالعين
والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح
قصاص أي ذات قصاص ولقوله عليه السلام في حديث
الربيع بنت النضر السابق كتاب الله القصاص ولفظ
القصاص ينبئ عن المماثلة فكلما أمكن رعاية المماثلة
فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا ولا معتبر بكبر العضو
وصغره لأنه لا يوجب التفاوت في المنفعة إلا في الشجة
إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم يأخذ ما بين قرني
الشاج لكبر رأسه على ما يأتي **كقطع اليد من
المفصل وقطع الرجل من المفصل وقطع مارن
الأنف** وهو ما لان من الأنف **وقطع الأذن** لإمكان
رعاية المماثلة في هذه الأشياء فيه بالمفصل لأن قطع
اليد من نصف الساعد وقطع الرجل من نصف الساق
لا قصاص فيه لعدم المماثلة وقيد بالمارن لأن قطع

الانف من قصبة لا يمكن فيه المماثلة لانه عظم وليس
بمفصل وكل شجة يمكن فيها المماثلة كالموضحة وهي
التي يظهر العظم وعين قائمة ذهب ضوؤها لا
لامكان المماثلة فيجعل على وجهه قطن رطب ويقابل
عينه بمرآة محماة فيذهب ضوؤها وهي قائمة لما روى
عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن رجل عن الحكم
ابن عتيبة قال لطم رجل فذهب بصره وعينه قائمة
فارادوا ان يقيدوا منه فاعي عليهم وعلى الناس كيف
يقيدون منه وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون
فاتاهم علي كرم الله وجهه فامر به فجعل على وجهه
كرسفا ثم استقبل به الشمس وادني من عينه مرآة
فالتمع بصره وعينه قائمة لا ان قلعت اي لا قصاص في
عين قلعت سواء قورت اي ارتفعت او خسفت
لامتناع المماثلة ولا قود في عظم لقول عمر انا لا نقيد من
العظام وقول ابن عباس ليس في العظام قصاص ونحوه
عن الشعبي والحسن رواه ابن ابي شيبة في مصنفه
ولان المماثلة فيه متعذرة لانه اذا كسر موضع ينكسر
موضع اخر فتقطع ان قلعت لامكان المماثلة فيها فتقطع ان الاولى الموضع
قلعت من الجني عليه وتبرد بالمبرد ان انكسرت ولا قود
في طرف بين رجل وامراة ولا بين حر وعبد ولا بين عبدين
خلافا لمالك والشافعي واحمد وابن ابي ليلى في جميع ذلك
الا في الحر يقطع طرف العبد اعتبارا للاطراف بالانفس
لكونها تابعة لها وشرع القصاص فيها للالحاق بالا
نفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري
في الطرف وما لا فلا ولنا ان الاطراف يسلك بها مسالك

الاموال

الاموال لانها وقاية الانفس كالاموال وانه لا مماثلة بين طرف
الذكر والانثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين طرف
الحر والعبد لذلك لانه جعل قيمة يد الحر خمسمائة وقيمة يد العبد
نصف قيمته وهي لا يبلغ ذلك ولا بين طرف العبدين لعدم المساواة
بينهما بالبيع بالحرز والتخمين بخلاف طرف الحرين لان استواءهما
متيقن به بتقويم الشارع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها
يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه ولا قود في الجائفة لان
الصحة فيها نادرة فلا يمكن القصاص فيها على وجه يقع البرء
ولا في اللسان وهو رواية عن مالك وقول ابي اسحاق من اصحاب
الشافعي وعن ابي يوسف اذا قطع بعضه لا يجب القود واذا قطع
من اصله يجب وقال مالك في رواية والشافعي واحمد يجب القود
في كله وفي بعضه بقدره لقوله تعالى والجروح قصاص ولا قود
في الذكر الا ان اقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فصار
كالمفصل وعند مالك والشافعي واحمد يجب القود في الذكر
لقوله تعالى والجروح قصاص ولان له حد ينتهي اليه فيمكن
القصاص فيه من غير حيف عليه ولنا ان كلا من الذكر واللسان
ينقبض وينبسط فلا يمكن فيهما المساواة من غير حيف ولو قطع
بعض الحشفة لا قود عندنا وعند مالك والشافعي واحمد يؤخذ
النصف بالنصف والربع بالربع وما زاد او نقص بحسابه من ذلك
لما في الاذن ولو قطع الختان بعض الحشفة في الصبي او في العبد
فعليه حكومة عدل وان قطع الحشفة كلها فان برئ فعليه في العبد
كمال القيمة وفي الصبي كمال الدية وان مات ففي الصبي نصف الدية
والقيمة لان التلف حصل بفعلين احدهما ماذون وفي العبد
نصف قيمته وهو قطع الجلدة والثاني غير ماذون فيه وهو قطع
الحشفة فيجب نصف الضمان واما ان برئ فلان قطع الجلدة

مأذون فيه فيجعل كأنه لم يكن وقطع الحشفة غير مأذون فيه فوجب
ضمان الحشفة كاملا وهو الدية في الصبي وكمال القيمة في العبد وفي
مجموع النوازل ما ذكرنا انه ان مات فعليه نصف الدية رواية محمد وذكر
في الاصل انه لا يجب شيء ان مات وموت الصبي بتاديب الاب او الوصي
يوجب الدية عند ابي حنيفة لكونه من تاديب امه ومن تاديب غير معتاد
مثله لان الضرورة الماسة الى تاديبه تندفع بزجره وحبسه ونحوهما
من غير ضربه ولو اضطر الى ضربه فالسلامة مشروطة كتاديب الزوج
زوجته وهما اهو لاه لان تاديب الصبي لا بد لهما منه وذا انما يحصل
غالبا بالضرب فصار كضربه للتعليم وضرب معلمه باذن ابيه
لعود نفعه الى الصبي في اخر امره وخير المجني عليه بين الارش كاملا
وبين القود من غير ارش ان كانت يد القاطع ناقصة بان كانت
شلا لا ينتفع بها او ناقصة الاصابع لان استيفاء الحق كاملا متعذر
كان له ان ياخذه دون حقه وان يعدل الى عوضه وفي المجتبي
وعلى هذا السن والاطراف التي يجب فيها القصاص اذا كان طرف
الجاني او سنه معيبا يتخير المجني عليه بين اخذ الدية كاملا وبين
استيفاء المعيب فقيدنا الشلاء بان ينتفع بها لانها لو كانت لا ينتفع
بها لا تكون محلا للقصاص وكان له دية كاملة من غير خيار وعلم
القنوي وفي المحيط ولا يقطع اليمين الا باليمين ولا اليسرى الا
باليسرى ولا يقطع الاصابع الا بمثلها من القاطع فيوخذ ابهام اليد
بابهام الكف اليمنى وابهام اليسرى باليسرى لا بالعكس وكذا
لا يوخذ العين اليمنى بالعين اليسرى ولا العين اليسرى باليمنى
وكذا في الاسنان الثنية بالثنية والناب بالناب وكذا الضرس
بالضرس ولا يوخذ الاسفل بالاعلى ولا الاعلى بالاسفل خلافا لابن
شبرمة في ذلك كله للتفاوت في المنافع والمرافق او الشجة اي
وخير المجني عليه ان كانت الشجة تستوعب ما بين قرني المشجوج

اي

اي قرني راسه وهما ناحيتاه ولا الشاج اي ولا تستوعب ما بين
قرني الشاج فان شاء اقتص بمقدار الشجة من اي الجانبين شاء
وان شاء اخذ الارش ويسقط القود بموت القاتل لان محل الاستيفاء
فات فاشبه موت العبد الجاني وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد
يجب الدية ويوخذ من تركته بناء على ان الواجب عندهما القود او
الدية فاذا فات احدهما تعين الاخر ويسقط القود بعفو ولي
واحد من الاولياء وصلحه من نصيبه على عوض وللباقي اي الذي لم
يعف والذي لم يصالح حصته من الدية وسقط حقه من القود
لان كل واحد منهم له التصرف في نصيبه بالاستيفاء وبالعفو وبا
لصلح وسقط به حقه في القصاص ومن ضرورة سقوط حقه
في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى ثبوتا فكذا
سقوطا واذا سقط القود انقلب نصيب من لم يعف مالا لان
القصاص امتنع لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمته بعفو البعض
فيجب المال كما في الخطا حيث امتنع فيه القود لمعنى في القاتل وهو
كونه مخطيا ثم العفو في القصاص لمن له القصاص وهو عندنا
كل وارث وبه قال الشافعي واحمد واكثر اهل العلم وقال الليث
والزهري وابن شبرمة والاوزاعي والحسن وقتادة ليس للنساء
عفو في القصاص وعند مالك القصاص للعصبات خاصة
وهو قول بعض اصحاب الشافعي وقال بعض اصحاب الشافعي
للاقارب دون الزوجين لقوله عليه السلام فاهله بين
خيرتين واهله ذوو رحمه ولنا قوله عليه السلام من ترك مالا
او حقا فلورثته ومن ترك كلا فعلي والقصاص حق فيكون
لجميع الورثة كالمال واما قوله عليه السلام فاهله بين خيرتين
فامراة الرجل من اهله بدليل قوله عليه السلام في حديث الافك
وما كان يدخل على اهلي الا معي يريد عائشة رضي الله عنها ولو

قتل بعض الاوليا القاتل بغير اذن الباقين لم يجب عليه قصاص
عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي في الاصح وفي قول عنه عليه
القصاص لانه ممنوع من قتله ولو قتله مع العلم بعفو شريكه
سوا حكم به حاكم او لا يجب عليه القود وهو الظاهر من
مذهب الشافعي واحمد وقال الشافعي في قول لا يجب القود
لان فيه شبهة لوقوع الخلاف فيه ولنا انه قتل معصوما
مكافيا مع العلم بانه لا حق له فيه فيجب عليه القود كما لو
قتله قبل الحكم بالقود والاختلاف لا يسقط القود فانه لو
قتل كافر مسلما قتلناه مع وجود الاختلاف فيه ولو قتله
قبل العلم بالعفو لا يجب القود وعليه الدية وبه قال احمد والشافعي
في قول وقال الشافعي في قول وزفر يجب القود لانه قتله عمدا
بغير حق ولنا انه اذا لم يعلم بالعفو كان القود واجبا في حقه ظاهرا
فيصير شبهة في درء القود عنه والدليل على عصمته بعفو احدهما
ما روي ان هذه الحادثة وقعت في زمن عمر رضه وابن مسعود
فقال ارى ان هذا قد احيى بعض نفسه فليس للاخر ان يقتله
فامضا عمر القضا على رايه وهو المعنى فان العافي قد اسقط حقه
وهو من اهل الاسقاط فصح اسقاطه وباسقاطه حيي بعض
نفس القاتل فيعجز الاخر عن استيفا حقه لعدم احتمال
التجزي ثبوتا وسقوطا وتعذر استيفاوه انما هو لمعنى في القاتل
وهو مراعات حرمة بعض نفسه فكان في معنى الخطا فيجب
المال للاخر ولو قتله العافي بعد العفو يجب القود عند
الايمة الاربعة وهو قول اكثر اهل العلم لانه قتل نفسا معصومة
بغير حق وروي عن الحسن انه يوخذ منه الدية وعن عمر ابن
عبد العزيز ان الحكم فيه الي السلطان ويقتل الجمع باشر كل واحد
جرحا قاتلا بفرد قتلوه عمدا وهو قول مالك والشافعي واحمد

واكثر

واكثر اهل العلم من الصحابة والتابعين وقال ابن الزبير
والزهري وابن سيرين وابن ابي ليلى وعبد الملك وربيعة
وداود وابن المنذر واحمد في رواية لا يقتلون به وتجب الدية
لان مفهوم النفس بالنفس ان لا يقتل بالنفس الواحدة
اكثر من واحدة ولان في القصاص يجب المساواة بين العشرة
والواحد ولنا ما روى محمد بن الحسن في موطاه والشافعي
في مسنده كلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن
المسيب ان عمر ابن الخطاب قتل نفرا خمسة او سبعة برجل
قتلوه غيلة اي حيلة وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم
ورواه عبد الرزاق في مصنفه مطولا عن ابن جريج عن عمرو بن
دينار ان حيي بن يعلى اخبره انه سمع يعلى يخبره شيئا بهذا
الخبر وان اسم المقتول اصيل قال كانت امراة بصنعاء لها
ربيب فغاب زوجها وكان لها اخلا فقالت ان هذا الغلام يفضحنا
فانظروا كيف تصنعون به فتمالوا عليه وهم سبعة نفر مع
المراة فقتلوه والقوه في بير غمدان فلما فقد الغلام خرجت
امراة ابيه وهي التي قتلته وهي تقول اللهم لا تخف على من قتل
اصيلا ثم قال وخطب يعلى الناس امرهم قال فمر رجل بعد الايام
ببير غمدان فوجد ريحا منكرة فاتى يعلى فقال ما اظن الا قد رت
لكم على صاحبكم فاذا هو بذباب اخضر عظيم يطلع من البير
مرة ويهبط اخرى قال فاشرف على البير فوجد ريحا منكرة
فاتى يعلى فقال ما اظن الا قد رت لكم على صاحبكم وقص عليه
القصة فاتى يعلى حتى وقف على البير والناس معه فقال
اخذ احد اخلا المراة ممن قتله دلوني بحبل فدلوه فاخذ الغلام
فغيبه في سرب من البير ثم رفعوه فقال لم اقدر على شي فقال
رجل اخر دلوني فدلوه فاستخرجه فاعترفت المراة واعترفوا

كلهم فكتب يعلى الى عمر فكتب اليه ان اقتلهم فلو تمالا عليها اهل صنعا
لقتلتهم به وروى ابن ابي شيبة في مصنفه عن وكيع عن
اسرايل عن ابي اسحاق عن سعيد بن وهب قال خرج رجال
سفر فصحبهم رجل فقدموا وليس معهم فاتهمهم اهله فقال
شريح شهودكم انهم قتلوا صاحبكم والا فاحلفوا بالله ما قتلوه فاتي
بهم الى علي وانا عنده ففرق بينهم فاعترفوا فامر بهم فقتلوا ولان
زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب
التكامل لكل واحد منهم كولاية الانكاح **وبالعكس** اي ويقتل واحد
بجماعة وكان الاولى ان يقول كالعكس اذ لا خلاف فيه **فان حضر
ولي** واحد من المقتولين **قتل له وسقط حق الباقين** لفوات محل
الاستيفاء وصار كموت العبد الجاني او موت القاتل حتف انفه
وبه قال مالك وقال الشافعي يستوفي الباقون الديات من تركته
بناء على ان الواجب عنده للاولياء اما القصاص واما الدية واذا سقط
القصاص من غير ابراء ثبت المال فقيد بولي واحد من المقتولين
لانه لو حضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شي لهم غير ذلك
لان لكل واحد من الاولياء قتله بوصف الكمال ولهذا لو قتل جماعة
واحدا يكون كل واحد قاتلا بوصف الكمال والا لما وجب القصاص
واذا كان كذلك لا تجب الدية لعدم اجتماعها مع القتل فهذا
ومن قتل عمدا ولا ولي له فللسلطان ان يقتل قاتله وله ان
يصالح والقاضي بمنزلته فيه **ولا يقطع يدان لرجلين بيد**
قطعاها بان اخذ سكينا وامراها على يده من جانب واحد
حتى انقطعت وهو قول الثوري والزهري والحسن بن
وعليهما نصف الدية لانه دية الواحد فيضمنان ديتها في
مالهما لانا تيقنا لان كل واحد منهما قاطع للبعض والفعل
عمدا وقال مالك والشافعي واحمد واسحاق وابو ثور يقطع يداهما

واما

واما لو وضع احدهما سكينا من جانب والاخر من جانب اخر وامرا
حتى التقى السكينان لا يجب القصاص اتفاقا **ويقاد عبد**
اي ويقتص من عبد **اقر بقود** اي بقتل عمد سوا كان ماذونا
او محجورا عليه وبه قال مالك والشافعي واحمد وقال زفر لا يقاد
منه لان اقراره يودي الى ابطال حق مولاه فلا يصح كما لو اقر بالخطا
او بالمال ولنا انه غير متهم في اقراره لانه مضر به فيصح لان العبد
مبقي على اصل الحرية في حق الدم بخلاف اقراره بالقتل خطا لان
موجبه على السيد وهو دفع العبد او فداؤه وبخلاف اقراره بالمال
والقتل لانه غير لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه
بيع العبد واستيفاؤه **ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم
الى اخر فماتا يقتص منه للاول لانه عمد وعلى عاقلته الدية
للثاني لانه** احد نوعي الخطا وهو الخطا في الفعل والفعل الواحد
يتعدد بتعدد اثره **ومن قطع** يده او رجله او غيرهما **فعفا عن
قطعه فمات منه** اي من القطع ضمن **قاطعه ديته** في ماله
كاملة لانها صارت في النفس وسقط القود للشبهة وهذا عند
ابي حنيفة وهو قول الشافعي واحمد وعن مالك يجب القود
لان الجناية صارت في النفس ولم يعف عنها وقال ابو يوسف
ومحمد هو عفو عن النفس ايضا حتى اذا مات بعد العفو
بالسراية لا يضمن وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم
سرت الى النفس ومات منها وهذا نقل الشمني وقال
الطرابلسي سراية الطرف المستوفى قصاصا الى النفس يوجب
الدية على عاقلة المستوفي عند ابي حنيفة وهما اهدرا الدية
كمالك والشافعي كسراية قطع الامام يد السارق حدا اذا سرى
الى النفس ومات وكالبزاغ والحجام والفصاد والختان وكما لو
قال لاخر اقطع يدي فقطعها وسرى الى النفس ومات وهو الاظهر

لان السراية بنع الجناية فلم يجز ان يكون ابتداوها مباحا وسرايتها
مضمونة ولابي حنيفة ان حقه في القطع والموجود قتل حتى لو وقع
ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن الا انه سقط القصاص
للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسايل لانه يجب الفعل
على الامام وعلى غيره بالعقد واقامة الواجب لا يتقيد بشرط
السلامة كالرمي الى الحربي فيلا يكون تكليف ما ليس في الوسع وفي
مسالتنا هو مخير بين الاستيفاء والعفو بل العفو مندوب اليه
فيتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الصيد ولو عفا عن الجناية
او عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس فلا اتلاف
فالخطأ من ثلث ماله اي ان كان القطع خطأ يعتبر من ثلث
مال المقطوع لتعلق حق الوارث فان كان في الدية فاضل من
الثلث اخذه الوارث من القاطع والعمد يعتبر من كله اي كل
ماله فلا يضمن القاطع شيا كذا في الهداية وغيرها ولا يخفى ان الموجب
ههنا هو القود وهو ليس بمال فلا وجه للقول بانه من كل المال
والقود يثبت بدءا اي ابتداء للورثة عند ابي حنيفة لا ارثا
اي لا يثبت القود للورثة بطريق الارث بان يثبت للمورث
ابتداء ثم يثبت للوارث كما هو مذهب ابي يوسف ومحمد فلا يصير
احدهم اي احد الورثة عند ابي حنيفة خصما عن البقية
بغير وكالة اعلم ان كل ما يملكه الورثة بطريق الارث فاحدهم
خصم عن الباقين حتى لو ادعى احد الباقين الى يجد بعد
الدعوى الورثة شيا من التركة على احد واقام البينة
عليه يثبت حق الجميع ولا يحتاج الباقون الى تجديد
الدعوى وكل ما يملكه الورثة لا بطريق الوراثة لا يصير احدهم
خصما عن الباقين فتفرع على هذا قوله فلو اقام شخص
حجة اي بينة بقتل ابيه حال كونه غايبا ثم حضر الغايب

فهي

فهي للعمد يعيدها اي يعيد الغايب الحجة عند ابي حنيفة وفي
الخطأ والدين لا يعيدها بالاتفاق لان الخطأ والدين موجبهما
المال وطريق ثبوته الميراث ثم اعلم ان العلما اجمعوا على قبول
بينة الحاضر وعلى انه لا يقضى بالقود ما لم يحضر الغايب
لان المقصود بالقضاء الاستيفاء والحاضر وعلى انه لا يقضي
بالقود ما لم يحضر الغايب لان المقصود بالقضاء الاستيفاء ه
والحاضر لا يتمكن منه اجماعا وعلى ان القاتل يحبس لانه
صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واختلفوا في اعادة البينة
اذا حضر الغايب فعند ابي حنيفة يكلف الغايب بالاعادة
وعندهما لا يكلف وهو قياس قول مالك والشافعي واحمد
والعبرة بحال الرمي اي بحال الرمي في العصمة وعدمها والحد
وعدمه وقت الرمي عند ابي حنيفة لا بحال الوصول كما هو
قولهما فتجب الدية عند ابي حنيفة على من رمى مسلما فارتد
الرمي اليه والعياذ بالله فوصل اليه السهم فقتله وقالا لا شي عليه
وهو قول مالك والشافعي واحمد لان التلف حصل في محل لا عصمة
فيه فيكون هدرا وترد شهادة اثنين اختلفا في مكان القتل
وزمانه او فيما حصل به القتل من الالة او قال احدهما قتله
بعصا وقال الاخر لم ادر بما ذا قتل او قال احدهما قتله بسلاح
وقال الاخر بعصا وان شهدا بقتله وقالا لم ندر بما ذا قتل من الالة
يجب الدية استحسانا في ماله يصح الصلح عن القتل العمد
على اكثر من الدية لانه افتداء لنفسه ويكون المال حالا
لا لالتزامه اياه بعقد الصلح الا ان يؤجله الولي الى اجل معلوم
لانه الحق له فله تاجيله كساير الديون المؤجلة ..

كتاب الديات الدية لغة مصدر
ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل

المنفي ثم قيل لذلك المال تسمية بالمصدر والتا في اخره
عوض عن الواو في اوله كالعدة وهي الثابتة بالكتاب
وهو قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله وبالسنة وهي
احاديث كثيرة وباجماع اهل العلم على وجوبها في الجملة
من الذهب الف دينار ومن الفضة عشرة الاف درهم
ومن الابل مائة وقال الشافعي من الورق اثنا عشر الفا
وبه قال مالك واحمد واسحاق لما اخرج اصحاب السنن
الاربعة عن محمد بن مسلم عن عمرو بن دينار عن عكرمة
عن ابن عباس ان رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي صلى
الله عليه وسلم ديته اثنا عشر الفا قال الترمذي لا نعلم
احدا يذكر في هذا الاسناد ابن عباس غير محمد بن مسلم وصحح
النسائي وغيره ارساله على اسناده ولنا وهو قول الثوري
من اصحاب الشافعي ما روى البيهقي من طريق الشافعي
قال قال محمد بن الحسن بلغنا عن عمر انه فرض على اهل
الذهب في الدية الف دينار ومن الورق عشرة الاف
درهم حدثنا بذلك ابو حنيفة عن الهيثم عن
الشعبي عن عمر قال وقال اهل المدينة فرض عمر على اهل
الورق اثني عشر الف درهم قال محمد بن الحسن صدقوا
ولكنه فرضها اثني عشر الفا وزن ستة فذلك قال محمد
ابن الحسن واخبرني الثوري عن مغيرة الضبي عن
ابراهيم قال كانت الدية الابل فجعلت الابل كل بعير مائة
وعشرين درهما وزن ستة فذلك عشرة الاف درهم
وقيل لشريك ان رجلا من المسلمين عانق رجلا من العدو
فضربه فاصاب رجلا فانسلت وجهه حتى وقع ذلك
على حاجبيه حتى وانفه ولحيته وصدره فقضى فيه عثمان

بالدية اثني عشر الفا وكانت الدراهم يومئذ وزن ستة
في التجريد للقدوري لا خلاف ان الدية الف دينار وكل
دينار عشرة دراهم ونهذا اجعل نصاب الذهب عشرين
دينارا ونصاب الورق مائتي درهم واعلم ان العلما
اختلفوا في الاصل في الدية فقال الشافعي واحمد في رواية
وابن المنذر الابل فقط فيجب قيمتها بالغة ما بلغت لما
اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة وصححه ابن القطان
في كتابه وابن حبان في صحيحه من حديث عبد الله بن
عمرو ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا ان دية الخطا
وشبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل
منها اربعون في بطونها اولادها ورواه النسائي وابن ماجة
من حديث عبد الله بن عمرو ولانه عليه السلام فرق بين
دية شبه العمد ودية الخطا فغلظ بعضها وخفف بعضها
ولا يتحقق ذلك في غير الابل والذهب والفضة ونحوه
قول احمد والشافعي في القديم ومقتضى قول المالكية
ان كان من اهل البوادي والعمود فمائة من الابل ان كانت
ومن اهل الذهب كاهل الشام ومصر والمغرب فالف
دينار وان كان من الورق كاهل خراسان والعراق وفارس
فاثني عشر الف درهم وقال ابو يوسف ومحمد واحمد
في رواية وهو رواية عن ابي حنيفة الابل والذهب
والفضة والبقر مائتا بقرة قيمة كل بقرة خمسون درهما
والغنم الفا شاة قيمة خمسة دراهم والحلل مائتا حلة قيمة
كل حلة خمسون درهما وهي ثوبان ازار ورداء لما روى
ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال
كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

ولان الابل مجمع عليه وما
عداه مختلف فيه فيوخذ
بالمتيقن وقال ابو حنيفة
الابل ح

ثمانية آلاف دينار أو ثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يومئذ
النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف
عمر فقام خطيبا فقال ألا إن الإبل قد غلت ففرضها عمر
على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر
ألفا وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي
شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة قال وترك دية أهل
الذمة لم يرفعها وللطحاوي أنا محمد بن الحسن قال أخبرنا أبو
حنيفة عن الهيثم عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال
وضع عمر الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل
الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الإبل وعلى أهل البقرة
مائتي بقرة مسنة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل
الحلل مائتي حلة ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا
وكيع ثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن أبي عبيدة به
وفي سنن أبي داود عن محمد بن إسحاق قال ذكر عطاء عن
جابر بن عبد الله أنه قال فرض رسول الله صلى الله
عليه وسلم في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى
أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى
أهل الحلل مائتي حلة وعلى أهل الطعام شيئا لم يحفظه
ابن إسحاق فإن قيل الإبل مجهولة ما بينها والدية
مقدرة بها أجيب بأن التقدير بها ثبت بالآثار المشهورة
ثم فائدة الخلاف تظهر في اعتبار الغائب فعند أبي حنيفة
له الخيار من الأنواع الثلاثة فقط وعندهما من الستة
وتغلظ أي الدية من الإبل في شبه العمد أرباعا عند أبي
حنيفة وأبي يوسف ربع من بنت مخاض وربع من بنت
لبون وربع من حقة وربع من جذعة وقد سبق

نقصها

تفسيرها في باب الزكاة وبهذا قال مالك وأحمد في رواية
والزهري وربيعة وسليمان بن يسار وقال محمد والشافعي
وأحمد في رواية أخرى أثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون
حقة وأربعون ثنية كلها خلفات أي جميع الثنيات
حوامل الثنية هي التي طعنت في السادسة ولما تقدم لما
أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب عن عمرو
ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من قتل متعمدا دفع إلى أولياء المقتول
فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون
حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وما صالحوا
عليه فهو لهم وروى مالك في الموطأ عن عمرو بن شعيب
أن رجلا حذف ابنه بالسيف فقتله أخذ عمر منه الدية
ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة وروى
أبو داود عن مجاهد أن عمر قضى في شبه العمد بثلاثين
حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ما بين ثنية
إلى بازل عامها كلها خلفات ورواه محمد عن علي أثلاثا
ثلاث وثلاثون حقة ثلاث وثلاثون جذعة
وأربع وثلاثون ثنية إلى بازل عامها كلها خلفات
ولما أخرجه أبو داود وسكت عنه ثم المنذري بعده
عن علقمة والأسود قالا قال عبد الله في شبه العمد
خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة
وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنت
مخاض وهذا وإن كان موقوفا إلا أنه في حكم المرفوع
لأن المقادير لا تعرف بالرأي ولما أخرجه ابن حبان
في صحيحه في كتابه صلى الله عليه وسلم إلى عمرو بن حزم

دية

ان في نفس المؤمن مائة من الابل والمراد في ما يكون
منه وما قلناه ادني ولان دية شبه العمد ولان الجنين
اغلظ من دية الخطا المحض وذلك فيما قلنا لانها في الخطا
المحض تجب اخماسا ولان الجنين كالمتقدم من وجه فيكون
في معني الزيادة علي المائة وهو لا يجوز ولان الديات
يعتبر بالصدقات لانها تجب علي العاقلة بطريق الصلة
للقاتل كالصدقات والشرع نهي عن اخذ الحوامل في
الصدقات لانها كرائم اموال الناس فكذا في الصدقات
وهي دية الابل للمغلظة لا غيرها بالاجماع حتي لو قضي
القاضي بتغليظ الدية من غير الابل لم يتغلظ ولم ينفذ
قضاؤه لان التقدير انه لا يعرف الا بالسمع ولم يرد التغليظ
من الشارع الا في الابل ثم دية شبه العمد علي العاقلة
عندنا وعند الشافعي واحمد والثوري واسحاق والنخعي
والحكم وحماد والشعبي وقال ابن سيرين وابن شبرمة وابو
ثور وقتادة والزهري والحارث العكلي واحمد في رواية
في مال القاتل وهو قول مالك لان شبه العمد عنده
من باب العمد لهم انها موجب فعل قصده فلم يتحمله
العاقلة كالعمد المحض ولانها دية مغلظة فاشبهت
دية العمد ولنا ما روي ابو هريرة قال اقتتلت امرأتان
من هذيل فرمت احدهما الاخري بحجر فقتلتها وما في
بطنها فقضي رسول الله صلي الله عليه وسلم بدية
المراة علي عاقلتها وهو حديث متفق عليه ولانه
قتل لا يوجب القصاص فوجب ديته علي العاقلة كالخطا
وفي الخطا اي ودية الابل في الخطا اخماس منها اي من
الانواع الاربعة المتقدمة ومن ابن مخاض بان يكون

عشرين

352

عشرين ابن مخاض وعشرين بنت لبون وعشرين حقة
وعشرين جذعة وعشرين وقال مالك والشافعي
والليث وربيعة مكان عشرين ابن مخاض وعشرين
ابن لبون لان الكتب الستة من حديث سهل ابن
ابي حثمة ان الذي وداه النبي صلي الله عليه وسلم بمائة
من الابل الصدقات وبنو المخاض لا مدخل لها في
الصدقات ولنا ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة
عن عبد الله بن مسعود قال رسول الله صلي الله
عليه وسلم في دية الخطا عشرون حقة وعشرون
جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون
وعشرون بني مخاض ذكور قال الترمذي لا نعرفه
مرفوعا الا من هذا الوجه وقد روي عن عبد الله موقوفا
واجاب اصحابنا عن الذي وداه النبي صلي الله عليه وسلم
من ابل الصدقة بانه عليه السلام تبرع بذلك ولم
يجعله حكما وقال النووي في شرح مسلم المختار ما قاله
جمهور اصحابنا وغيرهم ان معناه انه عليه السلام
اشتراها من اهل الصدقات بعد ان ملكوها ثم دفعها
تبرعا منه الي اهل القتيل اشهي وقيل الاصح فيه
لانهم لم يدعوا علي اهل خيبر الا قتله عمدا فيكون ديته
دية العمد وهي من اسنان الصدقة واما الخلاف في
الخطا وكفارتهما اي شبه العمد والخطا عتق
مؤمن فان عجز فصيام شهرين ولاء اي متتابعا لقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
الاية وان كانت في الخطا الا ان شبه العمد خطا في
حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فيتناولهما

الاية ولا يجزئ في كفارة القتل الاطعام وقال الشافعي في قول
واحمد في رواية اذا لم يقدر على الصيام يجب الاطعام ستين
مسكينا لانها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متتابعين
فكان فيها اطعام ستين مسكينا عند عدمهما ككفارة
الظهار والفطر في رمضان ولنا ان المقادير لا تعرف
لانه تعلم الا بالنص ولم يرد في الاطعام شيء **وصح في عتق**
الكفارة **رضيع احد ابويه مسلم** لانه مسلم تبعا والظاهر
سلامة اطرافه **لا الجنين** اي لا يصح في عتق الكفارة الحمل
انه لم يعلم حياته ولا سلامة اطرافه **والدية للمراة نصف**
ما للرجل في النفس وما دونها وهو ظاهر مذهب
الشافعي ويختار ابن المنذر وبه قال الثوري والليث
وابن ابي ليلى وابن شبرمة وابن سيرين لما اخرجه البيهقي
عن معاذ بن جبل قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
دية المراة على النصف من دية الرجل وما اخرجه ابراهيم
عن علي انه قال عقل المراة على النصف من عقل الرجل
في النفس وما دونها وروى الشافعي باسناده عن
ابن شهاب عن مكحول وعطاء قالوا ادركنا الناس على
ان دية الحر المسلم على عهد النبي صلى الله عليه وسلم
مائة من الابل فقوم عمر تلك الدية على اهل القرى
الف دينار او اثنى عشر درهم ودية الحرة المسلمة اذا كانت
من اهل القرى خمسمائة دينار او ستة الاف درهم
واذا كان الذي اصابها من الاعراب فديتها خمسون
من الابل وقال الشافعي في القديم ما دون الثلث لا يتنصف
وكذا الثلث وبه قال مالك واحمد وهو قول الفقهاء
السبعة وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير

والزهري

والزهري وقتادة والاعرج وربيعة ومروي عن عمر وابن
زيد ابن ثابت لما روى النسائي في سننه عن عيسى بن يونس
الرملي عن ضمرة عن اسماعيل بن عياش عن ابن جريج
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال عقل المراة مثل عقل
الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها واخرج البيهقي
عن الشعبي عن زيد ابن ثابت قال جراحات الرجال
والنساء سواء الى الثلث فما زاد فعلى النصف واخرج
ايضا عن ربيعة انه سال ابن المسيب كم في اصبع المراة
قال عشر قال كم في اثنين قال عشرون قال كم في ثلاث
قال ثلاثون قال كم في اربع قال عشرون فقال ربيعة
حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها
قال اعراقي انت قال ربيعة عالم متثبت او جاهل
متعلم قال يا ابن اخي انها السنة واجيب عن الاول بان
اسماعيل بن عياش عن الحجازيين ضعيف وابن جريج حجازي
وعن الثاني بانه منقطع وعن الثالث بان الشافعي قال
في اخره كنا نقول به ثم رجعت عنه وانا اسال الله الخيرة
لانا نجد من السنة ثم لا نجد نصا وانما عن النبي صلى الله
عليه وسلم والقياس اولى بنافيها **والذمي كالمسلم** اي
ودية الذمي كدية المسلم وقال الشافعي دية اليهودي
والنصراني اربعة الاف درهم وهو قول احمد وقال مالك
دية اليهودي والنصراني نصف دية المسلم لما اخرجه
اصحاب السنن الاربعة عن عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده واللفظ لابي داود ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال دية المعاهد نصف دية الحر ولفظ الترمذي دية عقل

الكافر نصف عقل المسلم وقال حديث حسن ولفظ النسائي
عقل اهل الذمة نصف عقل المسلمين وهم اليهود والنصارى
ولفظ ابن ماجه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان
عقل اهل الكتاب نصف عقل المسلمين وهم اليهود
والنصارى وما اخرجه الطبراني في معجمه الاوسط عن نافع
عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
دية المعاهد نصف دية المسلم وللشافعي ما روى عبد الرزاق
في مصنفه في كتاب العقول عن ابن جريج عن عمرو ابن
شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض على
كل مسلم قتل رجلا من اهل الكتاب اربعة الاف درهم
ورواية ابي داود عن عمرو بن شعيب توفق بين رواية
عبد الرزاق ورواية السنن عنه وهي قوله كانت قيمة
الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانماية
دينار او ثمانية الاف درهم ودية اهل الكتاب يومئذ
النصف من دية المسلمين قال وكان ذلك كذلك حتى
استخلف عمر فقام خطيبا فقال الا ان الابل قد غلت قال
ففرضها عمر على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق
اثني عشر الفا وعلى اهل البقر مايتي بقرة وعلى اهل
الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل مايتي حلة قال وترك
دية اهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية وروى الشافعي
في مسنده عن فضيل بن عياض عن منصور عن ثابت عن
سعيد بن المسيب عن عمر ابن الخطاب انه قضى في اليهودي
والنصراني اربعة الاف درهم وفي المجوسي ثمانماية درهم
وروى ايضا في مسنده عن ابن عيينة عن صدقة بن يسار
عن سعيد بن المسيب قال قضى عثمان في دية اليهودي والنصراني

ابي

354
ابي باربعة الاف درهم ولان نقصان الكفر فوق نقصان
الانوثة وبالانوثة يتنصف الدية بالاجماع فينبغي ان يكون
بالكفر انقص من النصف فيكون ثلث دية المسلم وهي
عند الشافعي اثنا عشر الف درهم ولان الدية ينتقص
باعتبار الرق وهو اثر من اثار الكفر فلان ينتقص
باعتبار الكفر اولى ولان عقد الذمة ادون من الاسلام
فينبغي ان لا يؤثر في حقن الدم مثل الاسلام ولنا ما
اخرجه ابو داود في مراسيله عن سعيد بن المسيب قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد
في عهده الف دينار ووقفه الشافعي في مسنده على سعيد
فقال اخبرنا محمد بن الحسن انبانا محمد بن يزيد انبانا سفيان
ابن حسين عن الزهري عن سعيد ابن المسيب قال
دية كل معاهد في عهده الف دينار وما اخرجه الترمذي
وقال حديث غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه عن ابي سعيد
البقال عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه
وسلم ودى العامريين بدية المسلم وكان لهما عهد من رسول
الله صلى الله عليه وسلم وابو سعيد البقال اسمه سعيد
ابن المرزبان قال الترمذي في علله الكبير قال البخاري
هو مقارب الحديث وما رواه الدارقطني في سننه عن ابي
كرز قال سمعت نافعا عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه ودى ذميا دية مسلم الا انه قال وابو كرز هذا متروك
الحديث ولم يروه عن نافع غيره وما رواه ايضا عن عثمان
ابن عبد الرحمن الوقاصي عن الزهري عن علي بن حسين
عن عمرو بن عثمان عن اسامة ابن زيد ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم جعل دية المعاهد كدية المسلم وقال

عثمان الوفاجي سنود وما رواه محمد بن الحسن في كتاب
الآثار اخبرنا ابو حنيفة حدثنا الهيثم ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وابا بكر وعمر وعثمان قالوا دية المعاهد
دية الحر المسلم وما روى ابو داود في مراسيله بسند صحيح
عن ربيعة بن عبد الرحمن قال كان عقل الذمي مثل عقل
المسلم في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر وعمر
وعثمان حتى كان صدرا من خلافة معاوية فقال معاوية
ان كان اهله اصيبوا به فقد اصيب به بيت مال المسلمين
فاجعلوا لبيت المال النصف ولاهله النصف خمسمائة
دينار ثم خمسمائة دينار ثم قتل اخر من اهل الذمة فقال
معاوية لو انا نظرنا الى هذا الذي يدخل بيت مال المسلمين
فجعلناه موضوعا عن المسلمين وعونا لهم قال فمن هنالك
وضع عليهم خمسمائة وروى عبد الرزاق ايضا اخبرنا معمر
عن الزهري قال كان دية اليهودي والنصراني في زمن
النبي صلى الله عليه وسلم مثل دية المسلم وكذا في زمن
ابي بكر وعمر وعثمان فلما كان معاوية اعطى اهل القتيل
النصف والقى ما كان جعل معاوية قال الزهري ولم يقض
ان اذاكر عمر فاخبره ان الدية كانت تامة لاهل الذمة
قلت للزهري بلغني ان ابن المسيب قال ديته اربعة الاف
فقال خير الامور ما عرض على كتاب الله قال الله تعالى
وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله
وروى عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن مجاهد
عن ابن مسعود قال دية المعاهد مثل دية المسلم وروى ايضا
عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابيه ان رجلا قتل رجلا
من اهل الذمة فرفع الى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه الف

دينار

دينار وروى الدارقطني في سننه عن الحسين بن صفوان
عن عبد الله بن احمد عن رحوية عن ابراهيم بن سعد عن
ابن شهاب ان ابا بكر وعمر كانا يجعلان دية اليهودي والنصراني
المعاهدين دية الحر المسلم واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن علقمة
ومجاهد وعطاء والشعبي والنخعي والزهري وروى عبد
الرزاق عن ابي حنيفة عن الحكم بن عتيبة عن علي انه قال
دية كل ذمي مثل دية المسلم قال ابو حنيفة وهو قولي
ويقويه ما رواه عبد الرزاق عن محمد بن الحسن بسنده الى
علي انه قال من كان له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا ولانه
حر معصوم الدم فتكمل ديته كالمسلم ودية المجوسي كالكتابي
عندنا لا ثمانمائة درهم فقط كما قال مالك والشافعي واستدلا
بما تقدم من رواية الشافعي عن عمر انه قضى في اليهودي
والنصراني اربعة الاف وفي المجوسي ثمانمائة من رواية
ابي داود في مراسيله عن سعيد بن المسيب مرفوعا
دية كل ذمي عهده الف دينار **وفي الانف** اي في اتلافه
كلا او بعضا **وفي الحشفة** سواء كانت وحدها او مع الذكر
وفي العقل في احدى الحواس وهو السمع والبصر والشم
والذوق **وفي اللسان** كلا او بعضه **ان منع اداء اكثر الحروف**
وفي اللحية وشعر الراس اذا لم ينبت اي اذا حلقا ولم ينبت
الشعر سنة وكذا في الحاجبين **كل الدية** والاصل ان الجناية
اذا فوتت منفعة على الكمال او ازالت جمالا مقصودا في
الآدمي على الكمال تجب الدية كاملة لان ذلك اتلاف للنفس
من وجه واتلاف النفس من وجه ملحق باتلافها من كل وجه
اما الانف فلما روى عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج
عن ابن طاوس انه قال في الكتاب الذي عندهم عن النبي

صلى الله عليه وسلم في الانف اذا اقطع مارنه الدية والمارن الانف او طرفه لان منه كما في القاموس وفي سنن النسائي ومراسيل ابي داود عن سليمان بن ارقم عن الزهري عن ابي بكر محمد بن حزم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى اهل الصحيح اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فقرئت على اهل اليمن هذه نسختها من محمد النبي الى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم بن عبد كلال قيل ذي رعين ومعافر وهمدان اما بعد وكان في كتابه ان من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فانه قود الا ان يرضى اولياء المقتول وان في النفس الدية مائة من الابل وفي الانف اذا اوعب جدعه الدية وفي رواية وفي الانف اذا استوعب مارنه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي العين الواحدة نصف الدية وفي اليد الواحدة نصف الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية وفي المامومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمسة عشر من الابل وفي الموضحة خمس من الابل وان الرجل يقتل بالمراة وعلى اهل الذهب الف دينار رواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال اسناده صحيح وهو قاعدة من قواعد الاسلام ومما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن وكيع عن ابن ابي ليلى عن عكرمة بن خالد عن رجل من ال عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الانف اذا استوصل مارنه

الدية ولانه زال بقطع الارنبة وهي طرف الانف جمالا له على الكمال مقصودا او بقطع المارن منفعة مقصودة لان منفعة الانف ان يجتمع الروائح في قصبته لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن مع قصبة الانف وهي عظمة واحدة لا يزاد على دية واحدة وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي في المارن الدية وفي القصبة حكومة عدل لان المارن وحده موجب للدية فيجب الحكومة في الزائد كما لو قطع القصبة وحدها وقطع لسانه ولنا ما اخرجه البزار في مسنده عن ابي بكر بن عبيد الله بن عمر عن ابيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الانف اذا استوعب جدعه الدية ولانه عضو واحد فلا يجب فيه اكثر من دية ولو قطع انفه فذهب شمه فعليه ديتان لان الشم في غير الانف فلا يدخل دية احدهما في الاخر كالسمع مع الاذن واما الحشفة فلما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن الزهري ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الذكر الدية مائة من الابل اذا استوصل او قطعت حشفته واخرج البيهقي عن ابن المسيب قال مضت السنة ان في الذكر الدية وفي الانثيين الدية ولان قطع الذكر يفوت به منفعة الوطء والايلاد والرمي بالبول ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة والحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له واما العقل اذا ذهب بضربة فلفوات منفعة الادراك لان الانسان به يتميز عن غيره من جنس الحيوان وبه ينتفع بنفسه في امر معاشه وزاد معاده واما احدى

الحواس ثلاث كل واحدة منها منفعة مقصودة وقد روى
ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابي خالد عن عوف الاعرابي
قال سمعت شيخا في زمان الحجاج يحدث ان رجلا رمى رجلا بحجر في راسه في زمان
عمر بن الخطاب فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره
فلم يقرب النساء فقضى عمر فيها باربع ديات وهو حي
ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري عن
عوف به وفي المبسوط ويعرف فوات هذه المعاني بتصديق
الجاني او نكوله اذا استحلف ويعرف فوات البصر بقول
عدلين من الاطباء وفي الذخيرة طريق معرفة ذهاب
السمع ان يتغافل وينادي فان اجاب لذلك علم ان سمعه
لم يذهب وحكى الناطفي عن القاضي ابي حازم والقدوري
عن اسماعيل بن حماد ان رجلا ضرب راس امراته فزعمت
ان سمعها ذهب فاشتغل بالقضاء ثم التفت اليها وهي
غافلة وقال استري عورتك فجعلت تجمع ثيابها فعلم
انها سامعة وفي المنتقى قال ابو يوسف لا يعرف ذهاب
السمع والقول فيه للجاني واما طريق معرفة ذهاب
البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل عين
الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم ان الضوء
باق وان لم تدمع علم ان الضوء ذهب وذكر الطحاوي
انه يلقي بين يديه حية فان هرب منها علم ان الضوء
لم يذهب وفي الاصل قال محمد ان لم يعلم ما ذكرنا يعتبر
بينة الدعوى والانكار والقول للجاني مع يمينه على
الثبات لان هذا يمين على فعل نفسه ويصدق ذهاب
بصر غيره سنة واما اللسان فلما روى ابن ابي شيبة
في مصنفه عن وكيع عن ابي ليلى عن عكرمة بن خالد عن

رجل

رجل من آل عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم في اللسان الدية كاملة ومما اخرج ابن عدي في
كامله عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد
الله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال في اللسان الدية اذا منع من الكلام ولان في
قطعه فوات منفعة مقصودة به لا لتفويت صورة
الآلة وقد حصل تفويت المنفعة بالامتناع من الكلام
ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون بعض يقسم
الدية على عدد الحروف الثمانية والعشرين من حروف
المعجم وهو قول مالك والشافعي واحمد وقيل على الحروف
التي تتعلق باللسان فقدر ما لا يقدر يجب وهو قول
بعض اصحاب الشافعي ووجه عن احمد والحروف التي
تتعلق باللسان هي ما عدا الشفوية والحلقية والشفوية
اربعة الباء والميم والواو والفاء والحلقية ستة الهمزة
والهاء والعين والحاء والغين والخاء ولو بدل حرفا مكان
حرف مثل ان يقول في درهم دلهم فعليه ضمان الحرف
لتلفه وما صار بدله لا تتقوم منافعه واما شعر اللحية وشعر
الراس فلان اللحية في اوانها جمال على الكمال وكذا شعر
لانه شعر يجوز ان يبدله بعد كمال الخلقة فلا يتعلق
بحلقه كمال الدية كشعر الصدر ولنا ان شعر الصدر
والساق لا يتعلق بهما جمال ولا منفعة فلا يجب باذهابه
شيء بخلافهما وتقيد بعدم النبت لانهما لو نبتا كما كانا
لا يجب شيء لان فعل الجاني لا يبقى له اثر فكان كالضربة
التي ذهب اثرها ولا فرق في هذا بين الخطأ والعمد ولا بين
الرجل والمراة ولا بين الصغير والكبير ويؤخر سنة فان نبتت

شعر الراس حلق على الكمال دية قال
احمد والثوري وقال مالك والشافعي
يجب فيه حكومة

الشعر لم يجب الدية وان مات قبل نبتها لا شي فيه وفي
الشارب حكومة عدل على الصحيح لانه تابع للحية فصار
كبعض اطرافها وفي لحية كوسج لا مع الا كان على ذقنه شعرات
معدودات لا يجب شي لان وجودها يشينه ولا يزينه
وان كان اكثر من ذلك وهو على الخد والذقن جميعا
ولكنه غير متصل ففيه كمال حكومة لان فيه نقص الجمال
وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي
لحيته كمال جمال كما في اثنين اي كما تجب الدية كاملة في
اثنين مما في البدن منه اثنان كالعينين واليدين
والرجلين والشفتين والاذنين والانثيين وفي احدهما
اي احد اثنين مما في البدن منه اثنان نصفها اي نصف
الدية لما اخرجه النسائي في سننه وابو داود في مراسيله
عن ابي بكر بن محمد بن حزم عن ابيه عن جده ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى اهل
اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث
به مع عمرو بن حزم فكان فيه وفي الشفتين الدية
وفي البيضتين الدية وفي الجبنين الدية وفي العين
الواحدة نصف الدية وفي اليد الواحدة نصف الدية
وفي الرجل الواحدة نصف الدية ولان في تفويت الاثنين
من هذه الاشيا تفويتا لجنس منفعة او الجمال
فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف
المنفعة فيجب نصف الدية وفي ثدي المراة الدية
وفي احدهما نصف دية المراة وفي ثدي الرجل حكومة
عدل وهو قول مالك وابن المنذر وظاهر مذهب الشا
وقال احمد واسحاق والشافعي في قول يجب الدية لان ما

وجب

وجب فيه الدية من عضو يستوي فيه المراة والرجل كساير
الاعضا ولانهما عضوان بهما الجمال فيجب الدية بذهابهما
كالاذنين الشاخصتين وله ان ذهاب ثدي المراة
فيه تفويت منفعة كاملة وجمال كامل بخلاف ثديي
الرجل فانه ليس في اذهابهما تفويت منفعة ولا الجمال
وفي حلمتي ثديي المراة الدية وفي احدهما نصفها وقال
مالك والثوري ان ذهب اللبن وجبت الدية والا وجبت
حكومة عدل والحلمة محركة راس الثدي وهو الثولول
الذي وسطه وفي اشفار العينين ولذا في اجفانهما
الدية والاشفار جمع الشفر بالضم ويفتح وهو منبت
الاهداب جمع الهدب وهو بضم وبفتحتين الشعر الذي
على العين والجفن بالفتح غطاء العين من اعلى
واسفل وجمعه اجفان وجفون وجفن بضمتين
وبضم فسكون وفي احدها ربعها وهكذا عند
اكثر اهل العلم وحكي عن مالك ان في جفن العين
الاجتهاد ولو قلع العين باجفانها تجب ديتان دية
العين ودية اجفانها لانهما جنسان كاليدين والرجلين
وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشرها
اي عشر الدية لما اخرجه الترمذي وقال حسن صحيح
وابن حبان في صحيحه وقال ابن القطان في كتابه
رجال اسناده كلهم ثقات عن ابن عباس قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم دية اصابع اليدين
والرجلين سوا عشرة من الابل لكل اصبع ورواه
احمد في مسنده ولفظه ان النبي صلى الله عليه
وسلم سوى بين الاصابع وبين الاسنان في الدية

وما اخرجه الجماعة الا مسلم عن ابن عباس قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم هذه وهذه سواء يعني
الابهام والخنصر ولان في قطع الكل تفويت جنس منفعة
البطش وفيه دية كاملة وهي عشر فينقسم الدية
عليها وفي مفصل اصبع غير الابهام ثلاثة اي ثلث
عشر الدية وفي مفصلها اي مفصل الابهام نصفه اي
نصف عشر الدية اعتبارا لانقسام دية الاصبع على
مفاصله بانقسام دية اليد على الاصابع كما في كل سن
اي كما وجب نصف عشر الدية وهو خمس من الابل في قلع
كل سن اذا كان خطأ سواء كان ضرسا او ثنية لما اخرج
ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال
قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاسنان خمس
من الابل في كل سن ولما في كتاب عمرو بن حزم وفي
السن من الابل ولما اخرجه ابو داود وابن ماجه
عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال الاصابع والاسنان سواء
وفي رواية البزار عنه مرفوعا الاسنان كلها سواء
الثنية والضرس سواء هذه وهذه سواء ولان الكل
في اصل المنفعة وهو المضغ سواء وبعضها وان
كان فيه زيادة منفعة لكن في البعض الاخر جمال
وهو كالمنفعة في الادمي وانما قيدنا بالخطأ لان العمد
فيه القصاص ولو قلع جميع اسنانه يجب ستة
عشر الفا وليس في البدن عضو ديته اكثر من دية
النفس سوى الاسنان وفيه ايماء الى ان سوى
الاسنان اهون من فوت الاسنان وفي الكوسج يجب

اربعة عشر الفا لان اسنانه يكون ثمانية وعشرين حكي
ان امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا
فانت طالق فسئل ابو حنيفة فقال يعد اسنانه ان كانت
ثمانية وعشرين فهو كوسج وكل عضو ذهب نفعه بضرب
ففيه دية كما لو ضرب يده فشلت او عينه فذهب
ضوؤها ولا قود في الشجاج وهي في اللغة ما يكون
في الرأس والوجه واما ما يكون في غيرهما فيسمى جراحة
الا في الموضحة عمدا وهي التي توضح العظم اي تبينه
وتظهره لما اخرجه البيهقي مرسلا عن طاوس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل
ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات
واخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن وعمر بن عبد
العزيز ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض فيما دون
الموضحة بشيء وقال في الاصل وهو ظاهر الرواية
وقول مالك يجب القصاص فيما دون الموضحة عن
ابي حنيفة انه لا قصاص ومن اسر الرازي وهو الصحيح
لظاهر قوله تعالى والجروح قصاص وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه لا قصاص فيما دون الموضحة
وهو قول الشافعي واحمد وفيها اي في الموضحة
خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة وهي التي تكسر
العظم عشرها اي عشر الدية وفي المنقلة وهي التي
تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله عشر اي عشر
الدية ونصفه وفي الآمة وهي التي تصل الى ام الرأس
وهو الغشاء الرقيق الذي فيه الدماغ وفي الجائفة
وهي الجراحة التي وصلت الى الجوف من الصدر او البطن

والظهر والجنبين والاسم دليل عليه ثلثها اي ثلث
الدية لقوله تعالى عليه السلام في كتاب عمرو بن حزم
الذي اخرجه النسائي وابو داود في المامومة ثلث
الدية وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمس عشرة
من الابل وفي الموضحة خمس من الابل وليس فيه ذكر
الهاشمة لكن اخرج عبد الرزاق في مصنفه عن زيد
ابن ثابت قال في الموضحة خمس وفي الهاشمة عشر
وفي المنقلة خمس عشرة وفي المامومة ثلث الدية
واما ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل
اليه الشراب لان مفطرا وما فوق ذلك لا يكون
جائفة وذكر ابن عبد البر ان مالكا وابا حنيفة
والشافعي واصحابهم اتفقوا على ان الجائفة لا تكون
الا في الجوف وبه قال احمد وفي الجائفة نفذت الى
الجانب الاخر ثلثاها قال ابن عبد البر لا اعلمهم يختلفون
في ذلك وروي عن ابي حنيفة بعض اصحاب الشافعي
انها جائفة واحدة لان الجائفة تنفذ من ظاهر البدن
الى الجوف والثانية نفذت من البطن الى الظاهر
وللجمهور ما روى عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري
عن محمد بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن ابن المسيب قال قضى ابو بكر في الجائفة
يكون نافذة بثلثي الدية وقال هما جائفتان قال
سفيان ولا يكون الجائفة الا في الجوف ورواه ابن
ابي شيبة في مصنفه عن عبد الرحمن بن سليمان
عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب
ان قوما كانوا يرمون فرمى رجل منهم بسهم خطا

فاصاب

فاصاب بطن رجل فانفذه الى ظهره فدووي فبرا
فرفع الى ابي بكر فقضى فيه بجائفتين وفي الخارصة
وهي بمهملتين التي تحرص الجلد اي تخدشه
ولا تخرج الدم وفي الدامعة بالعين المهملة وهي التي
تظهر الدم ولا تسيله وفي الدامية وهي التي تسيل الدم
وقال المرغيناني الدامية هي التي تدمي من غير ان
يسيل منها دم هو الصحيح وروي عن ابي عبيد
والدامعة هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وفي
الباضعة بالضاد المعجمة والعين المهملة وهي التي
تبضع الجلد اي تقطعه وفي المتلاحمة وهي التي
تاخذ في اللحم وتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك
اي يلتئم ويتلاصق وفي السمحاق وهي التي تصل
الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم
وعظم الراس حكومة عدل مبتدا مقدم الخبر وانما
يجب حكومة عدل لما روى محمد بن الحسن في كتاب
الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم
عن شريح قال في الجائفة ثلث الدية وفي الامة
ثلث الدية فاذا ذهب العقل فالدية كاملة وفي
المنقلة عشر ونصف عشر الدية وفي الموضحة
نصف عشر الدية وفي ما دون ذلك من الجراحات
حكومة عدل فيتقوم المجني عليه عبدا بلا هذا الاثر
وت ثم يتقوم عبدا معه اي مع هذا الاثر فقدر التفاوت
بين القيمتين من الدية هو ذلك القدر هي اي
حكومة العدل به يفتى كما قال قاضيخان وهذا
تفسير الحكومة عند الطحاوي به اخذ الحلواني وهو

قول مالك والشافعي واحمد وكل من يحفظ عنه العلم
كما قاله ابن المنذر وقال الكرخي في تفسيرها ان ينظر كم
مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك
من دية الموضحة لان ما لا نص فيه يرد الى ما فيه نص
قال شيخ الاسلام وهو الاصح ثم من مشايخنا من سوى
بين الرجل والمراة في الحكومة ومنهم من قال يكون في
المراة على النصف مما يجب في الرجل وهو الذي ذكره
القدوري في تفسير الحكومة وقال بعض المشايخ في
تفسيرها ينظر الى قدر ما يحتاج اليه من النفقة
الى ان تبرا هذه الجراحة فيجب على الجاني فان عرف
القاضي مقداره والا سال من له علم بذلك من الاطبا
قالوا وهذا لا يقوى لان الناس يتفاوتون في ذلك
فمنهم من يكون ابطا برءا ومنهم من يكون اسرع برءا
ثم هذا اذا بقي للجراحة اثر واما اذا لم يبق فقال
ابو يوسف لا شي على الجاني وقال محمد يلزمه وقال محمد
قدر ما انفق الى ان يبرا وقال اكثر اهل العلم بقول
ابي يوسف وفي اصابع اليد مع نصف الساعد نصف
دية في العبد وحكومة عدل في نصف الساعد والكف
تابع للاصابع فلا شي فيه والعبرة في اليد للاصابع
نصف الدية فيها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وهو رواية عن ابي يوسف وهو ظاهر مذهب
الشافعي وعن ابي يوسف ايضا ان ما زاد على الاصابع
من اليد الى المنكب تابع لها ومن الرجل الى اصل
الفخذ تابع لها وبه قال بعض اصحاب الشافعي
واحمد ومالك وابن ابي ليلى والنخعي وقتادة

وعطا

وعطا ولان اسم اليد الى المنكب والرجل الى الفخذ لغة وعرفا
فلا يلزم اكثر من ديتها ولانه عليه السلام قضى على قاطع
اليد بنصف الدية وفي اصبع زايدة على الاصابع حكومة
عدل وكذا في سن زايدة على الاسنان لانه لا منفعة فيها
ولا زينة بها فلا يجب ارش مقدر فيها لكنها جزء من
الادمي فلم يمكن اهدارها وفي الذخيرة سواء كان ذلك
عمدا او خطا وسواء كان للقاطع زايدة ام لا وفي عين صبي
وفي ذكره وفي لسانه حكومة عدل مقام اخيره مقدم لو لم
يعلم الصحة بما دل على نظره وبما دل على كلامه وبما دل على
حركة ذكره وقال الشافعي واحمد والثوري يجب دية كاملة
لان الاصل هو الصحة فاشبه قطع المارن والاذن من الصبي
ولنا ان المقصود من هذه الاعضا المنفعة فاذا لم يعلم صحتها
لم يجب الارش كاملا لانه لا يجب بالشك والظاهر لا يصلح
حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة من الصبي
لان المقصود منهما الجمال وقد فوته على الكمال ولا يقاد
بجرح الا بعد برء وهو قول مالك واحمد واكثر اهل العلم
وقال الشافعي بجواز ان يقاد قبل البرء ويستحب الانتظار
اعتبارا بالقصاص في النفس ولنا ما روى احمد في مسنده
عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان
رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فقال يا رسول الله
اقدني فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعجل
حتى يبرا جرحك قال فابى الرجل الا ان يستقيد فاقاده
عليه السلام قال فعرج الرجل المستقيد وبرى المستقاد
منه فاتى المستقيد الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول
الله عرجت منه وبرا صاحبي فقال عليه السلام الم

امرك ان لا تستقيد حتى يبرأ جرحك فعصيتني فأبعدك الله
وبطل عرجك قال ثم امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعد من كان به جرح ان لا تستقيد حتى يبرأ جرحه فاذا
برأ استقاد ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان
حكمها في الحال غير معلوم لتوقفه على المآل ولعلها
تسري الى النفس فيظهر انه قتل **وعمد الصبي والمجنون**
خطأ وكذا عمد المعتوه **وعلى العاقلة** في عمدهم **الديه**
وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول لما اخرج البيهقي
عن علي ان عمد الصبي والمجنون خطأ لكن قال في المعرفة
اسناده ضعيف **بلا كفارة عليهم ولا حرمان ارث** وقال
الشافعي يجب الكفارة عليهم وحرمان الميراث لانهما
يتعلقان عنده بالقتل وقد وجد ولنا ان الكفارة تستر
الذنب ولا ذنب لهما وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من
اهلها **ومن ضرب بطن امراة يجب غرة خمسمائة درهم**
على عاقلته ان القت ميتا سمي بذلك الجنين غرة لان
الواجب عبد وهو يسمى غرة واصلها بياض جبهته والقياس
ان لا يجب في الجنين الساقط شيء لانه لم يتيقن بجنايته
فان قيل الظاهر انه حي اجيب بان الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق ووجه الاستحسان ما في الصحيحين
عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في جنين
امراة من بني لحيان بغرة عبد او امة وانما قدرنا الغرة بـ
خمسمائة لما روى ابن ابي شيبة في مصنفه عن اسماعيل
ابن عياش عن زيد ابن اسلم ان عمر ابن الخطاب قوم الغرة
خمسين دينارا وكل دينار بعشرة دراهم واخرج البزار في
مسنده عن عبد الله بن بريدة عن ابيه ان امراة حذفت

امراة

امراة فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولدها
بخمسمائة ونهى عن الحذف واخرج ابو داود في سننه عن
ابراهيم النخعي قال الغرة خمسمائة يعني درهما قال وقال
ربيعة ابن ابي عبد الرحمن هي خمسون دينارا وروى ابراهيم
الحربي في كتابه غريب الحديث عن احمد ابن حنبل عن
وكيع عن سفيان عن طارق عن الشعبي خمسمائة وروي
ايضا عن احمد بن حنبل عن عبد الرزاق عن معمر عن
قتادة قال الغرة خمسون دينارا وهو عندنا وعند الشافعي
على عاقلة الضارب وقال مالك في ماله لانها بدل الجزء
وبه قال احمد اذا كان ضرب الامام عمدا او مات الجنين
وحده واما اذا كان خطأ او شبه عمد فقال انه على العاقلة
ولنا ما روى ابو داود في سننه عن مغيرة عن شعبة ان امراتين
كانتا تحت رجل من هذيل فضربت احديهما الاخرى بعمود
فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال احد الرجلين كيف ندي من لا صاح ولا اكل ولا شرب
ولا استهل فقال اسجع كسجع الاعراب فقضى فيه غرة
وجعله على عاقلة المراة واخرجه الترمذي وقال حديث
حسن صحيح ورواه الطبراني مطولا في معجمه عن ابي المليح
الهذلي عن ابيه قال كان فينا رجل يقال له حمل بن مالك
له امراتان احديهما هذلية والاخرى عامرية فضربت
الهذلية بطن العامرية بعمود خباء او فسطاط فالقت
جنينا ميتا فانطلق بالضاربة الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم معها اخ يقال له عمران بن عويمر فلما قصوا
عليه القصة قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
دوه فقال له عمران يا رسول الله اندي من لا شرب ولا اكل

ولا صاح ولا استهل ومثل هذا يُطل فقال عليه السلام دعني
من رجز الاعراب فيه غرة عبدا او امة او خمسمائة او فرس
او عشرون ومائة شاة فقال يا رسول الله ان لها ابنين
هما سادة الحي وهم احق ان يعقلوا عن امهم قال انت احق ان تعقل
عن اختك من ولدها قال ما لي شيء اعقل قال يا حمل بن مالك
وكان يومئذ على صدقات هذيل وهو زوج المرأتين وابو الجنين
المقتول اقبض من تحت يدك من صدقات هذيل وهو زوج
المرأتين عشرين ومائة شاة ففعل ويجب في سنة عندنا
وفي ثلاث سنين عند الشافعي ولنا ما روى محمد بن الحسن
انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل
الغرة على العاقلة في سنة ويستوي في وجوب الخمسمائة
في الجنين الذكر والانثى عند عامة اهل العلم لاطلاق الحديث
ويجب دية كاملة ان القته المرأة حيا فمات لان الضارب
اتلف آدميا فيجب فيه الدية قال ابن المنذر ولا اختلاف في ذلك
بين اهل العلم وانما الخلاف في ان حياته تثبت بكل ما يدل
على الحياة من الاستهلال والرضاع والنفس والعطاس
وغير ذلك وهو مذهبنا وقول الشافعي واحمد او لا يثبت
الا بالاستهلال وهو قول مالك واحمد في رواية والزهري
وقتادة واسحاق وابن عباس والحسن بن علي وجابر ورواية
عن عمر لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل ارثه من وارث
غيره منه مرتبا على الاستهلال واما لو تحرك عضو منه فانه
لا يدل على حياته اتفاقا لان ذلك قد يكون من اختلاج او
خروج من مضيق **ويجب غرة ودية ان القته المرأة ميتا فماتت**
الام لان الفعل يتعدد بتعدد اثره **ويجب دية الام فقط**
اي لا يجب في الجنين شيء **ان ماتت الام فالقته ميتا** وبه قال

مالك

مالك قال والشافعي يجب غرة في الجنين مع دية الام وبه قال
احمد لما في معجم الطبراني عن عويم بن ساعدة قال كانت
اختي مليكة وامرأة منا يقال لها ام عفيفة بنت مسروح
تحت حمل بن مالك ابن النابغة فضربت ام عفيفة
مليكة بمسطح بيتها وهي حامل فقتلتها وذا بطنها فقضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها بالدية وفي جنينها
بغرة عبدا او وليدة فقال اخوها العلاء بن مسروح يا رسول
الله انغرم من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل
هذا يُطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الجاهلية ويجب
ديتان ان ماتت الام فالقت جنينا حيا ومات لانه
الضارب قتلهما بضربة فصار كما اذا القته حيا وماتا
وما يجب في الجنين فهو لورثته لانه بدل نفسه فيرثه ورثته
سوى ضاربه فانه لا شيء له منه حتى لو ضرب رجل بطن امرأته
فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قتل
نفسا مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة
ويجب في جنين الامة اذا كانت حاملا من زوجها **نصف عشر**
قيمته في الذكر وعشر قيمته في الانثى بان يقوم الجنين بعد
انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته
وان كان انثى يجب عشر قيمته واما اذا كانت كاملا بهذا
المكان فاذا ظهرت قيمته فان كان ذكرا يجب نصف عشر قيمته
وان كان انثى يجب عشر قيمته واما اذا كانت حاملا من مولاها
او من المغرور يجب الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا او كان
انثى لانه حر وقال الشافعي يجب في جنين الامة عشر
قيمة الام وبه قال مالك واحمد وابن المنذر وهو قول الحسن
والنخعي والزهري وقتادة واسحاق لانه جنين مات بالجناية

في بطن الام فلم يختلف ضمانه بالذكورة والانوثة كجنين الحرة
لاطلاق النصوص ولا كفارة في الجنين عندنا وقال مالك
والشافعي واحمد واكثر اهل العلم يجب فيه الكفارة مع الغرة
لاطلاق قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة
ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا ولنا ان النبي صلى الله
عليه وسلم لم يذكر الكفارة في حديث الغرة والموضع موضع
البيان وفي الذخيرة القياس يقتضي عدم وجوب الضمان
وعدم وجوب الكفارة لانه بمنزلة العضو لكنا تركنا القياس
في الضمان للاثر ولا اثر في الكفارة **كالجنين التام** في جميع
هذه الاحكام **وضمن الغرة في سنة عاقلة امراة حاملة**
اسقطت ميتا عمدا بدواء شربته او فعل فعلته
بان حملت حملا ثقيلا او وضعت شيا في قبلها بلا اذن
زوجها ولو فعلت باذنه لم تضمن ولا ترث من الغرة لانها
قاتلة بغير حق **فصل** من احدث في طريق العامة
لنفسه **كنيفا** اي مستراحا **او ميزابا** اي مجرى الماء **او**
جرصنا اي برجا **او دكانا وسعه ذلك** اي جاز له **ان لم**
يضر بالناس بان كانت الطريق واسعة لا يضر ذلك
بالمارات والحامل وفي شرح الكنز معنى لم يضر بالعامة
لم يمنعه احد فقيد بعدم الضرر لانه مع الضرر لا يجوز مثله
خلا في اذن الامام او لم ياذن لقوله عليه السلام لا ضرر
ولا ضرار في الاسلام رواه الطبراني في معجمه الاوسط وكذا
القعود في الطريق للبيع والشرا يجوز ان لم يضر باحد
وان ضر لا يجوز وان اذن الامام **ولكل** اي من اهل الخصومة
وهم المسلم البالغ العاقل الحر او الذمي الذي هو كذلك **نقضه**
اذا وضع بغير اذن الامام كحالة منعه من احداثه ابتداء

لان

364

لان لكل واحد منهم حق المرور بنفسه وبدوابه فكان له
ذلك كما في الملك المشترك وقيدنا الاحداث بكونه لنفسه
لانه لو بنى للعامة مسجدا ونحوه وهو لا يضر باحد لا ينقض
التدبير فيما يكون كذا روي عن محمد وقيدنا النقض بما
اذا احدث بغير اذن الامام لان التدبير فيما يكون للعامة
للامام وله ولاية المنع قبل الوضع وهذا كله على قول
ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف لكل احد منعه قبل
الاحداث وعلى قول محمد ليس لاحد منعه قبل الاحداث ولا
نقضه بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس وبه قال مالك
والشافعي واحمد والنخعي واسحاق والاوزاعي لان الشرع
اذن له في ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن
الشارع احرى وولايته اقوى وصار كالمرور حيث لا يجوز
لاحد ان يمنعه منه واجيب بان هذا انتفاع بما لم يوضع له
الطريق فكان لهم منعه وان كان جايزا في نفسه بخلاف
المرور فيه لانه انتفاع بما وضع الطريق له فلا يكون لاحد
منعه ومن احدث ذلك **في طريق غير نافذ لا يسعه** اي لا يجوز
له **بلا اذن الشركا** سواء اضر بهم او لم يضر بخلاف النافذة
لان الحق فيها للكل لا لاحد ويتعذر الوصول الى اذن الكل
فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل
عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذة لان الوصول
الى رضاهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة **وضمن عاقلته**
اي عاقلة من احدث ذلك فتلف به نفس **دية من مات**
لسقوطها كما لو وضع حجرا في طريق او حفر بيرا فيها فتلف
به انسان لانه متسبب بالتلف به متعد بشغل الطريق
وبه قال مالك واحمد وقال الشافعي ان سقط خشبة

ليست بمركبة على حائط يجب الضمان وان كانت مركبة
يجب نصف الضمان لانه اتلف بما وضعه على ملكه وملك
غيره فانقسم الضمان ولو سقط الميزاب فاصاب طرفه
الداخل رجلا فقتله فلا ضمان على احد لان ذلك في ملكه
فلا يكون متعديا فيه وان اصابه طرفه الخارج فعليه
الضمان لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق ولا كفارة
عليه ولا حرمان ميراث لانه قتل بسبب فلا يجب الكفارة
ولا الحرمان عندنا ولو انقصف الميزاب فسقط منه ما خرج
عن الحائط ضمن جميع الدية لان كل ما اخرج منه فهو في غير
ملكه وقال احمد يضمن جميع الدية في جميع الصور وقال
مالك والشافعي في القديم لا ضمان عليه في جميع الصور
لانه غير متعد في اخراجه فلا يضمن ما تلف كما لو اخرجه
في ملكه واما من راى اعمى يقع في البئر فلا يمنعه من الوقوع
حتى مات او راى انسانا يموت من الجوع ومعه طعام
فلم يدفعه اليه حتى مات او مر في الطريق وفيه حجر فلم
يرفعه حتى عثر فيه انسان ومات فلا يضمن وان حرم
عليه في الاوليين وكره له في الاخرة ولو وضع انسان في
الطريق جمرا فاحترق به شيء يضمنه لانه متعد ولو حركت
الريح الجمر الى موضع اخر فاحترقت شيئا لا يضمن لنسخ
الريح فعليه بتحويل الجمر وان حركت الريح الشرار يضمن عند
بعضهم وفي الذخيرة هذا اختيار شمس الائمة السرخسي
وكان الحلواني لا يقول بالضمان من غير تفصيل وهو
قياس قول مالك والشافعي واحمد ولو استاجر رب الدار
الفعلة فعلهم قتلا بالمباشرة حتى وجب عملة لاخراج
جناح او ظلة فوقع قبل ان يفرغوا منه على انسان فقتله

فالضمان

فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم فان العمل ما لم
يفرغوا منه لم يكن مسلما الى رب الدار وانقلب فعلهم
قتلا بالمباشرة حتى وجب عليهم الكفارة وحرموا
الميراث ولو وقع بعد فراغهم فالضمان على رب الدار
استحسانا لانه لانه صح الاجارة حتى استحقوا الاجرة
ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل الى المستاجر فصار
كانه فعله بنفسه ولو صب الماء في الطريق فعطب به انسان
او دابة يضمن وكذا لو رش الماء او توضأ به لانه متعد
بالحاق الضرر بالمارة واما اذا علم المار بالرش ومشى
على موضعه فان الراش لا يضمن وقيل هذا اذا رش
بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء
فيه فاذا تعمده على موضع صب الماء مع علمه به لم
يضمن الراش شيئا وان رش جميع الطريق يضمن لان
المار مضطر في مشيه وكذا الحكم في الخشبة والحجر الموضوعين
في الطريق في اخذهما جميعه او بعضه وان رش فناء
حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر على م
استحسانا ولو جمد الماء شيئا فسقط منه انسان او مال
فتلف به فانه يكون مضمونا لا ما تلف بوقوع بسقوط
رداء ونحوه عن لابسه في حال مروره او ما لتعثر به
وكذا لا يضمن ما تلف بوقوع في بالوعة حفرها باذن
الامام وان كان بغير اذنه يضمن لانه متعد وكذا الجواب
على هذا التفصيل في جميع ما يفعل في طريق العامة
ولو حفر في ملكه بالوعة او وضع شيئا فتلف به شيء
لم يضمنه لعدم اتصافه بالتعدي ولو وضع حجرا فنحاه
غيره عن موضعه فعطب به انسان ضمن الذي نحاه

لان حكم الفعل الأول وضع حجرًا قد انفسخ بفراغ موضعه
واشتغل بالفعل الثاني بموضع آخر وذكر التمرتاشي أن
أفنية الأبواب التي في الطريق الشارع ليست بمملوكة
لأصحاب الدور ولو أرادوا أن يدخلوا شيئا في أفنيتهم
فهو كما إذا أدخلوا في غير أفنيتهم سواء **لا إن مات جوعًا**
أي لا يضمن عاقلة من أحدث شيئا من ذلك فوقع به
إنسان ومات جوعا أو عطشا **أو غمًّا** أي أخذا على
النفس من شدة الحر وهذا عند أبي حنيفة لأنه مات
لمعنى في نفسه لا للوقوع فصار كأنه مات حتف
وقال أبو يوسف لا يضمن إن مات جوعا ويضمن إن
مات غما لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع والقعر
إن جعل الأرض عميقا وهو من آثار حفره فيضاف
إليه والجوع من آثار الطبيعة حيث لم يبق في المعدة
شيء من الطعام وليس ذلك من أثر حفره وقال محمد
هو ضامن في الوجوه كلها وهو القياس قول مالك
والشافعي وأحمد لأن ذلك إنما حدث بسبب الوقوع
إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه والهواء الرطبة
وإن أتلف به أي بحجر أو بئر في الطريق **بهيمة ضمن**
هو أي الحافر ماله **إن لم يأذن به** أي بالحفر
الإمام لأنه متعد في الحفر فيضمن ما تلف به غير
أن العاقلة تتحمل الأنفس دون الأموال والبهيمة
مال فكان ضمانها في ماله وإلقاء التراب والطين
في الطريق كإلقاء الحجر والخشبة فيما ذكرنا ولو
كان مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا
وجعل فيه بواري أو حصى فعطب به رجل لا يضمن

سوا

سواء فعل بإذن الإمام أو بغير إذنه وبه قال أحمد
والشافعي في وجه وقال في وجه آخر يضمن إذا فعل
بغير إذن الإمام ولو كان الذي فعل ذلك من غير
العشيرة وفعل بغير إذن الإمام وغير إذن العشيرة
ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين وبه
قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد لأن هذه قربة
يثاب عليها الفاعل وكل أحد مأذون في إقامتها
شرعا فلا يتقيد بشرط السلامة وصار كأهل المسجد
وكما لو كان بإذنهم قال الحلوائي أكثر مشايخنا أخذوا
بقولهما في هذه المسألة وعليه الفتوى ولو جلس
في مسجد العشيرة رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن
إن كان في الصلاة سواء كانت فرضا أو نفلا وإن كان
في غيرها ضمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن
على كل حال وهو قول مالك والشافعي وأحمد ولو كان
جالسا للقراءة أو للتعليم أو نائما فيه في الصلاة
أو غيرها أو مر فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا
الخلاف وأما المعتكف فقيل لا يضمن بلا خلاف وكذا
المنتظر للصلاة لا يضمن على الصحيح عند أبي حنيفة
نص عليه شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع
الصغير لقوله عليه السلام المنتظر للصلاة في الصلاة
ما دام ينتظرها والمصلي لا يضمن فكذا المنتظر **ورب**
حائط مبتدأ مضاف أي صاحب جدار **مال إلى طريق**
العامة وطلب نقضه مسلم أو ذمي والجملة
عطف على مال **فمن يملك نقضه** متعلق بطلب **كالراهن**
بفك رهنه بخلاف المرتهن فإنه لا يملك النقض **والولي**

من الاب والجد والصبي والمكاتب والعبد التاجر فلم ينقض
بصيغة المجهول عطف على طلب بصيغة الفاعل في مدة
يمكن نقضه فيها ضمن ما تلف به من المال وهذه الجملة
خبر المبتدا او ضمن عاقلته المتلف والقياس ان لا يضمن
وهو قول الشافعي وقول احمد المنصوص لانه لم يوجد منه
تعد بمباشرة ولا بفعل شرط ولا سبب لان اصل البناء كان في
ملكه والميلان وشغل الهواء والسقوط ليس من فعله فلا
يضمن كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان وهو قول اصحاب
احمد ومالك والنخعي والثوري والشعبي ومروي عن علي
ان امتناعه من تفريغ الطريق المشغول بهواه بملكه مع تمكنه
من التفريغ بعد طلبه تعد كمن وقع في بيته ثوب انسان
فانه لا يكون متعديا في الامساك ولكن لو طولب بالرد فلم
يرد صار متعديا فكذا ههنا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه
بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولان الضمان لو لم يجب
عليه امتنع عن التفريغ فينقطع المارة خوفا على انفسهم
فيتضررون ودفع الضرر العام واجب بتحمل في دفعه الضرر
الخاص فقيد بطلب النقض لانه الشرط دون الاشهاد
وانما ذكر صاحب الهداية الاشهاد لانه للتمكن من الاثبات
عند الانكار فكان من باب الاحتياط وقيد المطلوب منه
بان يكون يملك نقض الحائط لقدرته كالراهن في دار المرهونة
لقدرته على نقض الحائط بواسطة فك الدار رهنا لرهن وكابي
الطفل او جده في مال ابنه او الوصي في مال يتيمه وكالمكاتب
لان الولاية له فان كان التلف حال الكتابة يجب قيمته
عليه لتعذر الدفع وبعد عتقه يجب على عاقلة مولاه وبعد
عجزه لا يجب على احد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على

المولي

المولي وكالعبد التاجر سواء كان عليه دين اولا لان الولاية
له فان كان التالف بالسقوط مالا فهو في عنق العبد وان
كان نفسا فهو على عاقلة المولي وقيد عدم النقض بكونه
في مدة يمكن نقضه فيها حتى لو طلب منه فسقط من ساعته
لا يضمن ما تلف به لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه
جانيا ويستوي في المطالبة المسلم والذمي لان الناس كلهم
شركاء في المرور فيصح التقدم من كل واحد منهم رجلا كان
او امراة اذا كان بالغا عاقلا حرا ومكاتبا لان هذه المطالبة
حق العامة فلا يختص باحد من اهل المطالبة لا من طلب
بصيغة المجهول اي لا يضمن ما تلف لسقوط الحائط مالك
طلب بنقضه فباع وقبضه المشتري فسقط لان الضمان ههنا
بسبب ترك الهدم مع التمكن منه وقد زال ذلك التمكن بالبيع
ولا يضمن المشتري ايضا لانه لم يطلب منه حتى لو طلب منه
بعد شرائه فسقط يضمن لتركه التفريغ مع التمكن منه
بعد الطلب او طلب نقضه ممن لا يملكه كالمودع ونحوه
وهو المستاجر والمستعير والمرتهن حتى لو سقط الحائط
بعد الطلب من احد هؤلاء فاتلف شيئا لا يضمن احد منهم لانه
لا يملك نقضه ولا يضمن المالك لانه لم يطلب منه وان مال
الحائط الى دار احد من الناس فله الطلب لان الحق له على
الخصوص وان كان فيها سكان غيره كان لهم الطلب لان لهم
المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها
وان بني الحائط مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب
لانه تعدى بالبناء فصار كما شرع الجناح ووضع الحجر وحفر
البير في الطريق فان طلب [illegible] احد الشركا في حائط
مائل بنقضه فسقط على انسان فقتله او جرح احد الشركا

في دار مشتركة بينهم بيرا او بنى حائطا فعطب به انسان فالضمان بالحصة حتى لو كان الحائط المائل بين خمسة وطلب النقض من احدهم ضمن خمس الدية لصحة الطلب في الخمس خاصة وكان ذلك على عاقلته ولو كان دار مشتركة بين ثلاثة حفر احدهم فيها بيرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته في الفصلين لان التلف في نصيب المالك وهذا عند ابي حنيفة لتعديه بالحفر والبناء في نصيبي شريكيه لا في نصيبه فلا يضمن الا بقدر الثلثين وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لان التلف في نصيب المالك لا يوجب شيا وفي النصيب المغصوب يوجبه فانقسم نصفين ويحمله اعتبار التلف في نصيب من طولب لا في نصيب غيره فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر ان يهدم شيا من الحائط فكيف يصح الطلب منه اجيب بانه ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بالمرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر باي طريق كان

فصل ضمن الراكب ما اتلفت دابته في سيرها بان داسته بيدها او رجلها او اصابته بي راسها او عضته او خبطته او صدمته بجسدها لان الاحتراز عن هذه الاشيا ممكن فانها ليست من ضرورات السير **لا ما نفحت** بالحاء المهملة اي لا يضمن الراكب ما نفحته الدابة اي ضربته بطرف رجلها او ذنبها حال سيرها لان الاحتراز عن النفحة مع السير غير ممكن لانها ما صر وراه ولما روى محمد بن الحسن في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن ابراهيم النخعي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال العجماء جبار والقليب جبار والرجل جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس وروى

الدار

الدارقطني عن ادم ابن ابي اياس عن شعبة عن محمد بن زياد عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرجل جبار قيدنا بسيرها لانه لو وقفها في الطريق وهو راكبها ضمن بالنفحة ايضا لانه يمكن التحرز عن وقوفه ابا بها وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بشغل الطريق بها فيضمن ولو وقفها في ملكه لا يضمن الا الايطاء وهو راكبها لانه مباشر لحصول القتل بثقله ولهذا يحرم به الميراث ويجب به الكفارة ولو كان في ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هي بنفسها لا يضمن شيا وان ادخلها ضمن جميع ما جنت سواء كانت واقفة او سايرة وسواء كان معها سوقها او يقودها او كان راكبها او لم يكن لوجود التعدي بالادخال وباب المسجد كالطريق في الوقوف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذا وقوفه الدابة في سوق الدواب لانه ماذون فيه من جهة السلطان وفي الذخيرة ولو وقفها صاحبها في طريق المسلمين ضمن ما تلف بفعلها في وجوه الاتلاف كلها لانه بوقوف الدابة في طريق المسلمين كان متسببا لان الطريق للسلوك والسير لا للوقوف ولو كانت سايرة فيه ولم يكن صاحبها معها فان كان سيرها بارساله ضمن ما دام سيرها في وجهها ذلك ولم يحد عنه يمينا ولا شمالا لان ارسالها بلا حافظ يحفظها سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان سيرها بنفسها فلا ضمان على صاحبها في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها وهي تسير فان كان راكبها فما وطيت بيدها او رجلها فصاحبها مباشر للتلف وما عضت فصاحبها متسبب متعد لانه يمكنه حفظ الدابة

عنه بابعادها عن المفصوص لانه يكون بين عينيه وقال
التمرتاشي لو كانت سايرة وصاحبها معها قايد او سايق
او راكبا يضمن جميع ما وطيت الا النفحة بالرجل والذنب
وبه قال احمد في رواية وقال في رواية يضمنها وهو مذهب
الشافعي وقول ابن ابي ليلى كما وقف دابته فنفحت برجلها
او بذنبها لان وقوفها مباح مقيد بشرط السلامة فكذا
تسييرها ولنا انه متعد بوقوفها دون تسييرها لان
الطريق للتسيير والسلوك دون الوقوف فيكون متعديا
فيما يمكنه ان يتحرز عنه وهو لم يتحرز عنه والنفحة بالرجل
والذنب مما لا يمكن التحرز عنه لانه من ضرورات السير
او اتلف اي ولا يضمن الراكب ما تلف بما راثت او بالت في
الطريق سايرة او اوقفها لذلك اي للروث او البول
لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالوقوف واما لو كان
اوقفها بغير ذلك فعطب انسان بروثها او ببولها ضمن
لانه متعد بوقوفها اذ ليس هو من ضرورات السير
وهو اكثر ضررا من السير لكونه ادوم منه فلا يلحق به
او اصابت بيدها او رجلها حصاة او حجرا صغيرا او نحو
كالنواة ففقأ عينا او اثار غبارا فافسد ثوبا وضمن
بالحجر الكبير لان التحرز في سير الدابة عن الحجر الصغير او
الغبار متعذر لان سير الدواب لا يعري عنه وعن الحجر
الكبير لا يتعذر لان سيرها ينفك عنه عادة وانما يكون
ذلك من تعنيف الراكب فيكون من فعله والرديف
فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف في ذلك وبه قال
مالك وقال الشافعي واسحق لا يضمن الرديف لانه
تبع للراكب وقال احمد ارجو ان لا شي عليه اذا كان

امامه

امامه من يمسك العنان ولنا ان الدابة في ايديهما وتسيير
بتسيير كل منهما وتصرفه فيه كيف شاء والسايق والقايد
كالراكب عند اكثر المشايخ فكل شي يضمنه الراكب يضمنانه
الا ان الكفارة في الايطا وكذا حرمان الارث والوصية عليه اي
على الراكب فقط اي لا عليهما وفي جامع المحبوبي لو ساق
دابة عليها وقوس الحنطة فتلفت شيئا فان قال السايق
وانما بدا اليك اليك وسمع من على الطريق هذه المقالة ولم
يذهب فهو على وجهين اما ان لا يبرح من مكانه باختياره او
ان لا يجد مكانا اخر ليذهب فمكث في مكانه ففي الوجه الاول
لا يضمن صاحب الدابة وفي الثاني يضمن لانه مضطر في
المقام في هذا بخلاف الاول وان لم يقل الراكب اليك اليك
او قال ولم يسمع من على الطريق يضمن الراكب والسايق
لان التلف مضاف اليه انتهى ومن القواعد ان الحكم يضاف
الى الوصف الاخر كما قالوا في السفينة المملوة اذا طرح فيها
واحد منا فغرقت فالضمان على الذي وضع المن الزايد
لان العرف يضاف اليه وان اصطدم فارسان او ماشيان
وهما حران خطا فماتا ضمن عاقلة كل منهما دية الاخر استحسانا
وقال مالك والشافعي وزفر ضمن كل واحد منهما نصف دية
الاخر وهو القياس لان كل واحد منهما مات بفعل نفسه
وفعل صاحبه لانه بصدمته الم نفسه وصاحبه وصاحبه
فيهدر نصفه ويضمن نصفه وصار كما لو كان الاصطدام
عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه او حفرا على الطريق بيرا
فانهار عليهما حيث يجب على كل منهما نصف دية الاخر
ولنا وهو قول احمد ما عن عبد الرزاق في مصنفه في القسامة
عن اشعث عن الحكم عن علي ان رجلين صدم احدهما صاحبه

فضمنا كل منهما لصاحبه يعني الدية وفي مصنف ابن ابي شيبة
حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن اشعث عن حماد عن ابراهيم
عن علي في فارسين اصطدما فمات احدهما يضمن الحي للميت ولان
فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق
الضمان بالنسبة الى نفسه بخلاف ما ذكر من المسايل فان الفعل
محظور فيها والفعل المحظور موجب للضمان ولكن لما لم يظهر الضمان
في حق فاعله لعدم الفايدة سقط فاعتبر في حق غيره فلذلك
وجب على كل واحد منهما نصف الدية بخلاف ما نحن فيه فان
الفعل فيه مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق
نفسه اصلا وكان صاحبه قاتلا له من غير معارض ولو
كانا عبدين يهدر دمهما مطلقا وان اصطدم حر وعبد فما
يجب على عاقلة الحر قيمة العبد في الخطا ونصفها في العمد
وياخذها ورثة الحر ويسقط الباقي من الدية وان ارسل
رجل كلبا فاصاب شيا فاتلفه في فوره ضمن ان ساقه
بان كان خلفه يطرده ولو لم يكن خلفه فما دام في فوره فهو
سايق له حكما فيلحق بالسايق حقيقة وان تراخى
انقطع السوق وفي الطيران ارسله او ساقه واصاب
في فوره وفي الدابة المنفلتة اذا اصابت مالا او ادميا
ليلا او نهارا لا اي لا يضمن اما الطير فلان بدنه لا يحتمل
السوق فصار وجود سوقه وعدمه سواء فلا يضمن
مطلقا واما الدابة المنفلتة فلما اخرجه اصحاب الكتب
الستة عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم العجماء جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس اخرجه
البخاري وابو داود وابن ماجة في الديات ومسلم في
الحدود والترمذي في الاحكام والنسايي في الزكوة قال

محمد

محمد العجماء هي المنفلتة وقال ابن ماجة الجبار الهدر الذي لا يغرم
وفي الموطا قال مالك جبار اي لا دية فيه ولان الفعل غير
مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال او السوق
او القود او الركوب وقال الشافعي واحمد وهو قول مالك
واكثر اهل الحجاز يضمن صاحب المنفلتة ما افسدت ليلا
لا نهارا لما روى مالك عن الزهري عن حرام بن سعد ان
محيصة ان ناقة للبراء دخلت حايط قوم فافسدت فقضى
النبي صلى الله عليه وسلم ان على اهل الاموال حفظها
بالنهار واجيب بان ما رويناه متفق عليه مشهور وما
رووه مرسل وهو ليس بحجة عند الشافعي على ان الامر
بحفظها في النهار ليس صريحا في المدعى كما لا يخفى ولو كان لرجل
كلب عقور كلما مر عليه مار عضه فلاهل القرية ان يقتلوه
ولا يضمن صاحبه ما تلف بعضه قبل التقدم اليه ويضمن
بعده كالحايط المايل وكذا الحكم في السنور الذي ياكل الطيور
وذكر الناطفي لو اغرى رجل كلبه على رجل فعقره او مزق
ثيابه لا يضمن عند ابي حنيفة ويضمن عند ابي يوسف
وهو المختار للفتوى ويضمن الجمل الصايل عندنا بقتله
وان لم يمكن دفعه الا به ونفاه مالك والشافعي اعتبارا بقتل
مكلف صايلا لا يمكن دفعه الا به قلنا عصمة الدابة انما هي
لحق مالكها فان صيالها لا يدل انها تبيح ما هي حقه وصيالها
لا يسقط عصمة ملكه بخلاف المكلف فان صياله يسقط عصمته
التي هي حقه وفي المنتقى لو طرح رجل رجلا قدام اسد او سبع
فقتله ليس على الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويضرب
ضربا وجيعا ويحبس حتى يتوب وقال ابو يوسف حتى يموت
وقال مالك والشافعي واحمد ان كان الغالب القتل يجب القود

وان كان النخس عمدا ففي الشافعي قولان احدهما يجب القود
والاخر لا يجب ولكن تجب الدية وبه قال احمد وقياس قول
مالك يجب القود وان اجتمع الراكب والناخس اي ما حصل
بنفحة الدابة الحاصلة عن نخس بعود ونحوه ضمن هو اي الناخس
اذا نخس بغير اذن الراكب حتى النفحة اي ما حصل بنفحة
الدابة برجلها وكذا ما ضربته بيدها او ما صدمته بنفرتها
والواقف في ملكه والذي يسير سواء في ذلك وعن ابي يوسف
يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف
حصل بسبب ثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف
الى الناخس ولنا ما روى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر
عن عبد الرحمن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال
اقبل رجل بجارية من القادسية فمر على رجل واقف على
دابة فنخس رجل الدابة فرفعت رجلها فلم تخط عين
الجارية فرفع الى سلمان بن ربيعة الباهلي فضمن الراكب
فبلغ ابن مسعود فقال على الرجل انما يضمن الناخس
واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن شريح والشعبي ولان الراكب
والدابة مدفوعان بفعل الناخس فاضيف فعل الدابة
اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد بفعله حيث
نخس بغير اذن الراكب والراكب غير متعد في فعله
فيترجح جانب الناخس للتعدي حتى لو كان الراكب واقفا
بدابته في الطريق كان الضمان عليه وعلى الناخس نصفين
لانه متعد بوقوفها ولو نفحت الدابة الناخس كان دمه
هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه ولو القت الراكب فقتلته
كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه
الدية على العاقلة ولو نخسها باذن راكبها فلا ضمن عليه

لان

لان ذلك بمنزلة نخس الراكب لها ولو كان الناخس عبدا
فالضمان في رقبته ولو كان صبيا فهو كالرجل لانه يؤاخذ
بافعاله كالبالغ ولو نخس الدابة شيء منصوب في الطريق
فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك
الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها
بيده ويجب في فقء عين شاة القصاب ما نقص لان
المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي فقء
عين البقر وعين الجزور اي بقرة القصاب وجزوره
وفقء عين الحمار والبغل والفرس ربع القيمة وقال
الشافعي وهو قياس قول مالك واحمد يجب النقصان اعتبارا
بالشاة ولنا ما رواه الطبراني في معجمه عن زيد بن ثابت
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة
بربع ثمنها ورواه العقيلي في ضعفائه واعله باسماعيل
ابن ابي امية وما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان
الثوري عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريح ان عمر
كتب اليه ان في عين الدابة ربع ثمنها وفيه ايضا اخبرنا
ابن جريج عن عبد الكريم ان عليا قال في عين الدابة الربع
وما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه عن علي بن مسهر
عن الشيباني عن الشعبي قال قضى عمر في عين الدابة
ربع ثمنها وفيه ايضا حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم
عن شريح قال اتاني عروة البارقي من عند عمر ان في عين
الدابة ربع ثمنها والفرق بينها وبين الشاة ان فيها
مقاصد سوى اللحم وهي الحمل والركوب والزينة والجمال
والعمل فصل ان جنى عبد خطأ دفعه سيده اي
المجني عليه بها اي بسبب الجناية او فداه بارشها حالا

يقول على صاحبه العبد في رقبته ويخير مولاه ان شاء فداه
وان شاء دفعه رواه ابن ابي شيبة في مصنفه واعلم ان عندنا
يجب على المولى جناية عبده فيجب عليه دفعه او فداؤه وعند
الشافعي يجب على العبد فيباع فيها الا ان يفديه المولى
وفائدة الخلاف ان بعد العتق عنده يتبع وعندنا لا يتبع
فيه بالخطأ لان العمد في النفس يجب فيه القصاص على العبد
بخلاف ما دون النفس فان فيه الدية كالخطأ كان او
عمدا لان القصاص لا يجري فيه بين العبدين ولا بين الحر
والعبد وقيد الدفع والفداء بكونه حالا لان العبد عين
ولا يجوز التأجيل في الاعيان والفداء بدل عنه في الشرع
فيقوم مقامه ويأخذ حكمه ثم ايهما اختار المولى بالفعل او
القول فلا شيء لولي الجناية غيره ولا فرق بين ان يكون
المولى قادرا على الارش او لا عند ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد لا يصح اختياره للفداء اذا كان مفلسا الا
برضا الاولياء لان العبد صار حقا لهم حتى يضمنه المولى
بالاتلاف بلا خلاف فلا يملك ابطاله الا برضاهم او بوصول
البدل اليهم وهو الدية فان وهبه المولى او باعه او اعتقه
او دبره او استولدها ولم يعلم المولى بها اي بالجناية ضمن
المولى الاقل من قيمته ومن الارش لان المولى فوت حق
المجني عليه بتصرفه في الجاني تصرفا يمنع من دفعه اليه
فيضمنه وانما ضمن الاقل لان حقه فيه ولا يصير مختارا
للفداء بهذا التصرف لانه لم يعلم بالجناية ولا اختيار بدون
العلم وان تصرف المولى تصرفا من هذه التصرفات بعد
ما علم بالجناية غرم الارش لان هذه التصرفات تمنعه
من دفع العبد لزوال ملكه عنه في الهبة والبيع والاعتاق

وامتناع

وامتناعه عليه في التدبير والاستيلاد فالاقدام عليها بعد
العلم بالجناية يكون اختيارا للفداء فدية العبد قيمته
فلو قتل رجل عبدا خطأ يجب عليه قيمته فان بلغت هي
اي قيمة العبد دية الحر بان بلغت عشرة الاف درهم
وبلغت قيمة الامة دية الحرة بان بلغت خمسة الاف
درهم نقص من كل من القيمتين عشرة من الدراهم
اظهارا لدنو رتبته ولقول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة
العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم رواه القدوري
في شرح مختصر الكرخي وبه قال النخعي والشعبي رواه
عبد الرزاق وابن ابي شيبة وهذا كالمروي عن النبي
صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما
طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد وابو يوسف اولا وهو قول الثوري ورواية
عن احمد وقال ابو يوسف اخرا يجب قيمته بالغة ما بلغت
لان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا
من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد وهو في
حق الدم مبقي على اصل الحرية فصار كقليل القيمة وهو
مروي عن عمر وعلي وهو قول مالك والشافعي واحمد
وابن المسيب وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والزهري
واسحاق ومكحول واياس بن معاوية والحسن ولنا عموم
قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فدية والعبد مؤمن فيكون
الواجب بقتله الدية ولا يجوز الزيادة على النص بالرأي
بان يكون المراد مؤمنا حرا ولانه تعالى رتب على قتل
الخطأ حكمين الكفارة والدية والعبد داخل في حق الكفارة
بالاجماع فيجب ان يكون داخلا في حق الدية وفي الغصب

اي غصب احد عبدا او امة فهلك في يده يجب عليه قيمته
ما كانت اي ما بلغت بالاجماع وكذا في الاطراف في ظاهر
الرواية وهي الصحيحة وفي رواية عن محمد يقدر الاطراف
بما يقدر من دية الحر فلا يزاد يده اذا قطعت على خمسة
الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر بكله وينقص
هذا المقدار يحط رتبته وما قدر من دية الحر قدر من قيمته
ففي يد العبد نصف قيمته فان كانت قيمته عشرة الاف او اكثر
يجب في يده خمسة الاف الا خمسة دراهم وفي فقء رجل
عيني عبد دفعه سيده ان شاء الى الفاقي واخذ قيمته
سليما او امسكه بلا اخذ النقصان وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء سيده امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء
دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمن سيده الفاقي
كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت
وهو العينان فيبقى الباقي على ملكه كما لو قطع احدى يديه
او فقأ احدى عينيه وهو قول مالك واحمد ولو قطع رجل
يد عبد فاعتقه المولى ثم مات العبد من ذلك فان كان له
وارث غير المولى اقتص منه عند ابي حنيفة وابي يوسف
ولم يقتص منه عند محمد وهو قول مالك والشافعي
واحمد الا ان عندهم يجب قيمته للمولى بالغة ما بلغت وعن
احمد في رواية يجب دية الحر اعتبارا بحالة الموت وعند
محمد يجب ارش يده وما نقصه القطع الى ان اعتقه السيد
ويبطل باقي القيمة ان جنى مدبر او جنت ام ولد ضمن السيد
الاقل من قيمته اي قيمة كل منهما ومن الارش وقال الشافعي
المدبر كالقن في الجناية فيكون جنايته في رقبته ويخير المولى
بين ان يدفعه فيباع بالجناية وبين ان يفديه فلو اراد الفدا

فعنه

فعنه قولان احدهما يفديه باقل من ارش الجناية بالغا ما بلغ
وهو قول مالك في القن ورواية عن احمد وثانيهما يفديه
بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية وهو رواية عن احمد
وقال مالك لا يباع المدبر في جنايته ويستخدمه المجني
عليه بقدر ارش جنايته فاذا استوفى من خدمته رجع
الى مولاه مدبرا ويفتدي خدمته بقدر ارش جنايته
ولنا ما اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه عن معاذ بن جبل
وعن ابي عبيدة بن الجراح انه قال جناية المدبر على مولاه
واخرج نحوه عن الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والحسن
فان جنى المدبر او ام الولد جناية اخرى شارك ولي الجناية
الثانية ولي الجناية الاولى من قيمة دفعت اليه اي الى ولي
الاولى ان كان الدفع اليه بقضاء اذ ليس في جنايته اي المدبر
وان كثرت ولا في جنايات ام الولد الا قيمة واحدة فيتضاربون
بالحصص منها ويعتبر قيمة لكل واحد في حال الجناية عليه
لانه يستحقه في ذلك الوقت وعند مالك والشافعي واحمد
المدبر كالقن في ام الولد وعن الشافعي قولان احدهما كمذهبنا
والاخر يفديها كلما جنت وهو اختيار المزني وقول
مالك لمنع السيد في حق ولي الجناية في بيعها بالاستيلاد
ولنا ان قيمة العبد بمنزلته والعبد اذا جنى جنايات
لا يجب اكثر من دفعه مرة واحدة فكذا قيمته واتبع ولي
الجناية الثانية السيد او ولي الجناية الاولى ان دفعت
الاولى بلا قضاء وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على
المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة ولا علم
له بما يحدث بعدها حتى يكون متعديا فصار كما اذا دفع
بالقضاء ولانه فعل عين ما يفعله القاضي وعدمه سواء

كما في الرجوع في الهبة واخذ الدار بالشفعة حتى وجوبها ولو
اعتق المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة لان
الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق بعد الجنايات
وعدمه وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ذلك لان الاستيلاد مانع
من الدفع كالتدبير ولو اقر المدبر او ام الولد بجناية توجب
المال لم يجز اقراره ولا يلزمه شي لان موجب جنايته على المولى
لا عليه نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف الجناية
الموجبة للقود بان اقر بقتل عمدا حيث يصح اقراره ويقتل
به لانه اقرار على نفسه فينفذ لعدم التهمة ومن غصب
صبيا لا يعبر عن نفسه حرا فمات معه اي عنده فجاة او مات
بحمى لم يضمن وان مات بصاعقة او نهش حية ضمن عاقلته
اي عاقلة الغاصب الدية اي دية الصبي والقياس ان لا يضمن
في الوجهين وهو قول زفر ومالك والشافعي واحمد وكذا
وهو وجه الاستحسان ان هذا ضمان اتلاف لا ضمان
غصب لانه نقله الى ارض السباع او الى مكان الصواعق
والحيات والسباع لا تكون بكل مكان فحاله في الموت فجاة
او بحمى فان ذلك باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب
فيه الحمى والامراض ضمن عاقلته الدية لكونه تسبب في هلاكه
كما في صبي اي كما يضمن عاقلة صبي اودع عبدا اي جعل عبد
وديعة عنده فقتله اي قتل الصبي العبد المودع فان اتلف
الصبي مالا بلا ايداع اي لم يكن مودعا عنده ضمن لانه مواخذ
بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حق العباد واذا اتلف
مالا غير عبد بعده اي بعد الايداع لا اي لا يضمن الصبي وهذا
لعله قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي
وهو قول مالك واحمد يضمن الصبي في الوجهين وفي شرح

الطحاوي اودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه
بالاجماع فان استهلكه الصبي فان كان ماذونا له في التجارة
يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه فان قبل الوديعة
باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبل بغير اذنه فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك وقال
ابو يوسف والشافعي يضمن في الحال واجمعوا على انه لو
استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال فصل في
القسامة وهي في اللغة اسم المصدر واقسم وقيل انها القوم
الذين يحلفون سموا باسم المصدر كما يقال رجل عدل
وسببها وجود القتيل في المحلة او ما في معناها وركنها
قولهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وشرطها ان يكون
المقسم رجلا حرا عاقلا وقال مالك يدخل النساء في قسامة
الخطا دون العمد وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد
الحلف سواء كان الدعوى في القتل العمد او الخطا اخرج
اصحاب الكتب الستة عن سهل بن ابي حثمة ورافع ابن
خديج قال خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود
ابن زيد حتى اذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك وفي
رواية تفرقا في النخل اذا محيصة يجد عبد الله بن سهل
قتيلا فدفنه ثم اقبل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان
اصغر القوم فذهب عبد الرحمن ليتكلم قبل صاحبه
فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
الكبير الكبير وفي رواية الكبر الكبر يريد السن وفي لفظ
كبر كبر فصمت وتكلم صاحباه وتكلم معهما فذكروا لرسول
الله صلى الله عليه وسلم مقتل عبد الله بن سهل واتهموا اليهود

فقال لهم اتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم
قالوا كيف نحلف ولم نشهد وفي لفظ يقسم خمسون منكم على
رجل منهم فيدفع برمته قالوا لم نشهده كيف نحلف قالوا
فتحلف لكم اليهود قالوا ليسوا مسلمين وفي لفظ كيف نقبل
ايمان قوم كفار فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم
بمائة من ابل الصدقة قال سهل فلقد ركضتني منها ناقة
حمراء وقد استدل بظاهره مالك والشافعي حيث قالا يقضى
عليهم بالدية ان احلفوا وثابت في الكتب الستة ايضا عن ابن
عباس واللفظ لمسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم
ولكن اليمين على المدعى عليه وثابت في سنن الترمذي ولفظ
الباقين ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان اليمين على
المدعى عليه وثابت في سنن الترمذي عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في
خطبته البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وثابت في
مصنف عبد الرزاق وابن ابي شيبة والواقدي اخبرنا معمر
عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كانت القسامة
في الجاهلية فاقرها النبي صلى الله عليه وسلم في قتيل من
الانصار وجد في جب لليهود قال فبدا رسول الله صلى
الله عليه وسلم باليهود وكلفهم قسامة خمسين فقالت
اليهود لن نحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم افتحلفون
فابت الانصار ان تحلف فاغرمها رسول الله اليهود
ديته لانه قتل بين اظهرهم وثابت في مسند البزار عن ابي
سلمة بن عبد الرحمن عن ابيه قال كانت القسامة في الدم
يوم خيبر وذلك ان رجلا من اصحاب النبي فقد تحت الليل

فجاءت

فجاءت الانصار فقالوا ان صاحبنا يتشحط في دمه فقال تعرفون
قاتله قالوا لا الا ان يكون يهود قتلته فقال لا اختاروا منهم
خمسين رجلا فيحلفون بالله جهد ايمانهم ثم خذوا الدية
منهم ففعلوا وثابت في سنن الدارقطني عن الكلبي عن ابي صالح وجد
عن ابن عباس قال رجل من الانصار قتيلا في دالية ناس
من اليهود فذكروا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فبعث اليهم
فاخذ منهم خمسين رجلا من خيارهم فاستحلف كل واحد
منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا ثم جعلت عليهم
الدية فقالوا لقد قضى بما في ناموس موسى الا انه قال
الكلبي متروك وثابت اخرجه البيهقي في المعرفة عن
الشافعي انا سفيان عن منصور عن الشعبي ان عمر ابن
الخطاب كتب في قتيل بين حلوان ووادعة ان يقاس
ما بين القريتين قال ايهما كان اقرب اخرج اليه منهم
خمسين رجلا حتى يوافوه مكة فادخلهم الحجر فاحلفهم
ثم قضى عليهم بالدية فقال ما وقت اموالنا ايماننا اموالنا
فقال عمر كذلك الامر وفي رواية كذلك الحق قال الشافعي
وقال غير سفيان عن عاصم الاحول عن الشعبي فقال
عمر حقنتم دماءكم بايمانكم ولا يطل دم امرئ مسلم الا انه
قال البيهقي عن الشافعي انه قال سافرت الى حلوان ووادعة
اربعة عشر سفرة وسالتهم عن حكم عمر في القتيل وحكيت
ما روي عنه فيه فقالوا هذا شيء ما كان ببلدنا قط وهذا
كما ترى لا يقدح في صحة الرواية اذا المتصدي لضبط الحوادث
واحكامها ائمة الدين من اهل الدراية ميت مبتدا به
جرح صفة اولى له او اثر ضرب او اثر خنق وبه خروج دم
من اذنه او عينه قيد الميت بذلك لان الخالي منه لا قسامه

ثم عندنا ولا دية وهو قول احمد في رواية وحماد والثوري وقال
مالك والشافعي واحمد ليس الاثر بشرط بل الشرط اللوث وهو
ما يوقع في قلب صدق المدعي من اثر دم على ثيابه او عداوة
ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة
قتلوه لانه عليه السلام لم يسأل الانصار هل كان بقتيلهم
اثر ولان القتل يحصل بلا اثر كعصر الخصيتين وضرب
الفؤاد فاشبه من به اثر ولنا ان القسامة في الدية لتعظيم
الدم وصيانته عن الهدر وذلك في القتيل دون الموت
حتف الانف والقتيل يعرف بالاثر وقد تقدم في سند
الزيادات الانصار قالوا ان صاحبنا يتشحط في دمه وجد
في محلة صفة ثانية لميت **او وجد اكثره او وجد نصفه مع**
رأسه وقوله لا يعلم قاتله صفة ثالثة لميت اما لو وجد
نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه
الرأس او يده او رأسه لا شيء عليهم لان هذا الحكم عرفناه بالنص
النص وقد ورد في البدن كله الا ان الاكثر له حكم الكل
بخلاف الاقل ولانا لو اعتبرنا الاقل لاجتمع ديات وقسامات
في شخص واحد اذا وجد اطرافه في قرى متفرقة وذلك
غير مشروع فينبغي ما يؤدي اليه **وادعى وليه القتل**
العمد او الخطأ **على اهلها** كلهم او بعضهم مبهما او معينا
وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول وهو رواية ابن
المبارك عن ابي حنيفة لا قسامة ولا دية في المعين ويقال
للولي الك بينة فان قال لا احلف المدعى عليه يمينا واحدة
لان دعواه على المعين منهم ابراء لباقيهم وصار كما اذا
ادعى القتل على واحد من غيرهم ووجه الظاهر ان وجوب
القسامة على اهل المحلة دليل على ان القاتل منهم فتعيين

المدعي

المدعي واحدا منهم لا ينافي ذلك بخلاف تعيينه واحدا منهم
وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قاتلين تقديرا
حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون
بمجرد ظهور القتيل اظهرهم بل بدعوى الولي فاذا ادعى
القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم فسقط عنهم لفقد
شرطه **حلف خمسون** خبر المبتدأ **رجلا احرارا مكلفا** لان
المرأة والعبد والصبي والمجنون اتباع لا اهل النصرة واليمين
على اهلهما **منهم** من اهل المحلة **يختارهم الولي** لان اليمين
حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار
صالحيهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة **بالله** متعلق
بيحلف **ما قتلناه وما علمنا له قاتلا** هذا حكاية قول
الجميع لان الواحد منهم اذا حلف يقول ما قتلت وما
علمت له قاتلا لا ما قتلنا لجواز ان قتله وحده فاذا حلف
ما قتلنا كان صادقا في يمينه لانه لم يقتله مع غيره ونظيره
ما ورد في تفسير قوله تعالى حكاية عن قوم صالح لنبيتنه
واهله ثم لنقولن لوليه ما شهدنا مهلك اهله وانا لصادقون
فان قيل يجوز فيما قتلت ان يكون قتله مع غيره فيكون
صادقا في يمينه اجيب بانه اذا قتله مع غيره كان في يمينه
انه ما قتله كاذبا لان الجماعة متى قتلوا واحدا كان كل
واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد
منهم في العمد والكفارة في الخطأ **لا الولي** اي لا يحلف الولي
ولو مع وجود اللوث عندنا **ثم قضي على اهلها** اي اهل
المحلة **بالدية** وهذا قول عمر والشعبي والنخعي والثوري
وقال مالك والشافعي واحمد يبدأ بالمدعيين في الايمان فان
حلفوا استحقوا وان نكلوا حلف المدعى عليهم خمسين يمينا

فاذا حلفوا برئوا، وهو مذهب يحيى بن سعيد وربيعة
وأبي الزناد والليث بن سعد لقوله عليه السلام لأولياء
عبد الله بن سهل ابتداءً تحلفون خمسين يمينا وتستحقون
دم صاحبكم وقوله فيما رواه البيهقي أفتبرئكم يهود بخمسين
رجلا وهذا التنصيص على أن اليمين على الولي وأنه يستحق
القصاص به في دعوى العمد على قول مالك وقديم
الشافعي وقال في الجديد فاذا حلف قضي له بالدية في ماله
وإذا انعدم اللوث أو أبى الولي أن يحلف فالحكم فيه ما هو
الحكم في سائر الدعاوي ولنا ما في الكتب الستة من حديث
ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اليمين على
المدعى عليه وما رواه ابن أبي شيبة من قضاء عمر في القتيل
الذي وجد بين وادعة وأرحب وسيأتي عما قريب إن
شاء الله ومن أدلتنا أيضا ما في المبسوط عن أبي أيوب
مولى أبي قلابة قال كنت عند عمر بن عبد العزيز وعنده
رؤساء الناس يخوضون فيه في قتيل وجد في محلة وأبو
قلابة جالس عند السرير أو خلفه فقال الناس قضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود في القسامة
وأبو بكر والخلفاء بعدهم فنظر إلى أبي قلابة وهو ساكت
فقال ما تقول وعندك رؤساء الناس وأشراف العرب أرأيتم
لو شهد رجلان من أهل دمشق على رجل من أهل حمص أنه
سرق ولم يرياه أكنت تقطعه فقال لا قال أرأيتم لو
شهد أربعة من أهل حمص على رجل من أهل دمشق أنه
زنى ولم يروه أكنت ترجمه فقال لا فقال والله ما قتل رسول
الله صلى الله عليه وسلم نفسا بغير نفس إلا رجلا كفر بالله
بعد إيمانه أو زنى بعد إحصان أو قتل نفسا بغير نفس وقد

نفي

نفي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة والدية على
أهل خيبر في قتيل وجد بين أظهرهم فانقاد عمر بن عبد
العزيز لذلك وهذا لأن أمراء بني أمية كانوا يقضون
بالقود في القسامة على ما روي عن الزهري أنه قال
القود في القسامة من أمور الجاهلية وأول من قضى به معاوية
فلهذا بالغ أبو قلابة في إنكار ذلك هنالك وعن الزهيرة
والجابية لو حلفوا أغرموا الدية وإن نكلوا حبسوا حتى
يحلفوا وهذا في دعوى العمد أما في الخطأ فيقضى بالدية
على عاقلتهم **وإن ادعى** الولي القتيل **على واحد من غيرهم**
أي غير أهل المحلة **سقط القسامة عنهم** أي عن أهل
المحلة وقد تقدم وجه الفرق بينه وبين ما إذا ادعى القتل
على واحد منهم حيث لا يسقط **فإن لم يكن فيها** أي في المحلة
خمسون من أهل القسامة **كررت الحلف عليهم إلى أن يتم**
لما روى ابن أبي شيبة في مصنفه أن عمر بن الخطاب رد عليهم
الأيمان حتى وافوا بقي على من جاء البيد من أهله وادعة
وروى أيضا عن شريح قال جاءت قسامة فلم يوافوا خمسين
فرد عليهم القسامة حتى وافوا وروى عبد الرزاق في مصنفه
عن سفيان الثوري عن إبراهيم قال إذا لم تبلغ القسامة
كرروا حتى يحلفوا خمسين يمينا وروى أيضا فيه عن عمر أنه
استحلف امرأة خمسين يمينا على مولى لها أصيب ثم جعل
عليها الدية ولأن عدد الخمسين واجب بنص الحديث
فيجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيها الوقوف على الفائدة
ولأن فيه استعظام أمر الدم فيكمل وتكرار اليمين والأخذ
على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما في اللعان **ومن نكل** أي
أبى أن يحلف من الذين اختارهم الولي حبس **حتى يحلف** لأن

اليمين منه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين
الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين فيها بدل عن اصل
حقه ولهذا يسقط بدفع المال المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط
بدفع المال **الا ان خرج الدم** اي لا قسامة ولا دية في ميت
وجد في محلة ويخرج **الدم من فيه** اي فمه **او دبره او ذكره**
لان الدم يخرج من هذه المجاري عادة بغير فعل احد فلا
يكون دليلا على ان قتل **وفي قتيل وجد على دابة يسوقها**
رجل ضمن عاقلته اي السائق دون اهل محلته **ديته** اي
القتيل لان الدية في يد السائق فصار كما لو وجد في داره
والراكب والقائد كالسائق في وجوب ضمان عاقلته
الدية لا اهل المحلة فان اجتمعوا فعلى عاقلتهم لان القتيل
في ايديهم فصار كما لو وجد في دارهم الا ان في الدابة لا يشترط
ان يكونوا مالكين لها وفي الدار يشترط ذلك ولو لم يكن مع
الدابة احد فالدية والقسامة على اهل المحلة التي وجد
فيها القتيل على الدابة لان وقوفه على الدابة كوجوده
في الموضع الذي فيه الدابة **وفي قتيل وجد على دابة** او غيرها
بين قريتين او قبيلتين يجب الدية القسامة والدية **على اهل**
اقربهما لما روى ابو داود والطيالسي واسحاق بن راهويه
والبزار في مسانيدهم والبيهقي في سننه عن ابي سعيد
الخدري ان قتيلا وجد بين حيين فامر النبي صلى الله
عليه وسلم ان يقاس الى ايهما اقرب فوجد اقرب الى احد
الحيين بشبر قال الخدري كاني انظر الى شبر رسول الله
صلى الله عليه وسلم فالقى ديته عليهم وروى ابن ابي
شيبة في مصنفه عن وكيع عن اسرائيل عن ابي اسحاق
عن الحارث بن الازمع قال وجد قتيل باليمن بين وادعة

وارحب

وارحب فكتب عامل عمر بن الخطاب اليه فكتب اليه
عمر ان قس ما بين الحيين فالى ايهما كان اقرب فخذهم
به قال يا امير المؤمنين اتحلفنا وتغرمنا فقاسوه
فوجدوه اقرب الى وادعة فاخذنا واغرمنا واحلفنا
فقال يا امير المؤمنين اتحلفنا وتغرمنا قال نعم قال
فاحلف خمسين رجلا بالله ما قتلته ولا علمت قاتلا له
وفي قتيل وجد في دار رجل عليه القسامة تتكرر الايمان
عليه لان الدار في يده وحفظها اليه **وتدي** اي يعطي
الدية **عاقلته** لان نصرته منهم وقوته بهم وقال
مالك لا قسامة ولا غرامة في قتيل وجد في دار قوم
وقال الشافعي يكون مع اللوث وفي شرح الاقطع حكم
الدار مع اهل المحلة كاهل المحلة مع اهل المصر ولا
يدخل اهل المصر مع اهل المحلة **ان ثبت انها اي الدار له**
اي للرجل **بالحجة** اي بشهادة الشهود لان اليد دليل
ظاهر والظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق ونحن
نحتاج هنا للاستحقاق فلا بد انها وديعة من
اقامة البينة على الملك اذا كذب العواقل انها ملك
ذي اليد وقالوا انها وديعة عنده **وتدي عاقلة ورثته**
لورثته ان وجد قتيل في دار نفسه عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد وزفر ومالك والشافعي لا شيء فيه
والقسامة والدية على اهل الخطة ولو بقي واحد منهم وهم
الذين خط لهم الامام وقسم الاراضي بخطه حين فتحها
دون السكان اي وليست القسامة على السكان **والمشتري**
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون
وهو قول مالك والشافعي واحمد وابن ابي ليلى لان النبي

حب

صلى الله عليه وسلم قضى على اهل خيبر وقد كانوا سكانا
بها فان باع كلهم اي كل واحد من اهل الخطة وفي
بعض النسخ فان باع كلهم فعلى المشترين القسامة والدية
لان الولاية انتقلت اليهم عند ابي حنيفة ومحمد لزوال
من يتقدمهم وحصلت له عند ابي يوسف لزوال من
يزاحمهم وان وجد قتيل في دار مشتركة على التفاوت
بان كان نصفها لرجل وعشرها لرجل وباقيها لآخر
فالقسامة على عدد الرؤوس لان صاحب القليل يزاحم
صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير
وان وجد قتيل في الفلك فالقسامة على من فيه اي في
الفلك سواء كان مالكا او راكبا او ملاحا وان وجد
في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان تدبيره اليهم
والقتيل منها وان وجد في سوق مملوك فالقسامة على
المالك عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
على السكان وفي سوق غير مملوك وفي الشارع العام وفي
الجسر العام وفي المسجد العام وفي الجامع لا قسامة
على احد والدية على بيت المال لانه لجماعة المسلمين
وقال ابو يوسف القسامة في السجن على اهله وهو
قول مالك والشافعي واحمد لانهم سكانه ولانهم كذلك
فلانهم يتناصرون وتدبيره اليهم والظاهر ان القتل حصل
منهم ولابي حنيفة ومحمد ان اهل السجن مقهورون
فلا ينتصرون ولا يتعلق بهم ما يجب لاهل النصرة
وان وجد في برية اي غير مملوكة او كانت مملوكة تكون
القسامة على مالكها لا عمارة بقربها اما لو كان بقربها
عمارة تكون القسامة على اهلها وحد القرب سماع

الصوت او مات اي او وجد في ماء يجري به اي بالقتيل بان
وجد في نهر عظيم يجري فيه الماء هدر اي لا شيء فيه لانه
ليس في يد احد ولا في ملكه بخلاف النهر الصغير فان
ضمان القتيل على اصحابه لقيام يدهم عليه ولو وجد
قتيل في ارض موقوفة او في دار موقوفة على ارباب
معلومة فالقسامة والدية على اربابها لان تدبيرها
اليهم وان كانت موقوفة على مسجد فهو كما لو وجد
في المسجد وحكمه قد تقدم والله اعلم ويستحلف بفتح
اللام مبتدأ اي من يطالب منه الحلف ويبطل شهادة
بعض اهل المحلة بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا
غير زيد لانه لما اقر بالقتل على زيد صار زيد مستثنى
عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه وهذا
قول محمد وقال ابو يوسف يحلف بالله ما قتلت فقط
لانه عرف القاتل واعترف به ولمحمد انه يحتمل ان له
قاتلا آخر معه ويكون في اقراره كاذبا ويبطل شهادة
بعض اهل المحلة بقتل غيرهم متعلق بشهادة وصورة
المسألة وجد قتيل في محلة وادعى الولي قتله على
غيرهم فشهد اثنان من اهل المحلة لم تقبل شهادتهما
عند ابي حنيفة وتقبل عندهما والكلام فيه يرجع الى
اصل متفق عليه وهو ان كل من انتصب خصما
في حادثة ثم خرج من ان يكون خصما لا تقبل شهادته
وان كان من كان له عرضية ان يصير خصما ثم بطلت
هذه العرضية فشهد في تلك الحادثة تقبل شهادته
بها فهما قالا الثابت في اهل المحلة عرضية ان يصيروا
خصما لدعوى الولي عليهم وقد بطلت هذه العرضية

بالدعوى على غيرهم فتقبل شهادتهم وان كل من كان
له عرضية ان يصير خصما لم تبطل شهادته الا برحضة
فيشهد في تلك الحادثة تقبل شهادته فيها كالوكيل
بالخصومة اذا عزله قبل ان يخاصم وشهد في تلك
الحادثة ولابي حنيفة ان اهل المحلة صاروا خصما
في الحادثة لا يقبل شهادته فيها وان خرج عن
الخصومة كالوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل
فشهد او واحد بالجر عطف على غيرهم اي وبطل شهادة
بعض اهل المحلة بقتل واحد منهم اذا ادعى الولي عليه
بعينه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها
عن نفسه فكان متهما فيها وفي رجلين في بيت وليس
معهما ثالث وجد احدهما قتيلا ضمن الاخر
ديته وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا يضمن لانه
يحتمل ان يكون قتل نفسه ويحتمل ان يكون الاخر
قتله فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر
ان الانسان لا يقتل نفسه فكان ذلك الاحتمال
ساقطا كما لو وجد قتيل في محلة فان احتمال قتل
نفسه ساقط هناك فكذا هنا وفي قتيل قرية امراة
اي وان وجد قتيل في قرية امراة كرر الحلف عليها
اي على المراة لما روينا تكرير القسامة على
امراة وفديه اي تعطى الدية عاقلتها وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القسامة على
العاقلة ايضا قال المتاخرون ان المراة تدخل
مع العاقلة في التحمل في هذه المسالة لانا انزلناها
قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة وهو اختيار الطحاوي

فيشهد في الحادثة لا يقبل
يعني الخصم ... صار خصما ح

وهو

وهو الاصح ولو جرح انسان في قبيلة فنقل الى اهله فمات من
تلك الجراحة فان كان صاحب فراش من حين الجرح حتى
مات فالقسامة والدية على القبيلة عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف لا قسامة فيه ولا دية فيكون هدرا معه وهو قول
ابن ابي ليلى ومالك والشافعي واحمد لان الذي حصل
في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه وصار
كما لو لم يكن صاحب فراش ولابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل
به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية
في الخطا ولو لم يكن المجروح صاحب فراش من حين الجرح
بل كان يجيء ويذهب حين جرح ثم نقل ومات في اهله
فلا شيء فيه كذا في المبسوط فصل في المعاقل وهي
جمع معقلة بضم القاف وسميت الدية عقلا ومعقلة
لانها تمنع الدم من السفك ومنه العقل لانه يمنع صاحبه
عن غير طريق العدل العاقلة اهل الديوان لمن هو منهم
ولان عمر فرض العقل على اهل الديوان بحضرة الصحابة
ولم ينكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم يوخذ الدية
من عطاياهم او الشاملة لارزاقهم متى خرجت العطايا
سواء خرجت في ثلاث سنين او اكثر او اقل وهذا اذا كانت
العطايا الخارجة بعد القضاء بالدية للسنين المستقبلة
حتى لو خرجت بعد القضاء عن السنين الماضية لا يوخذ
منها كل الدية اذ لا فائدة في التاخير ولو خرجت بعده
عن ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة يوخذ منها
كل الدية اذ لا فائدة في التاخير روى ابن ابي شيبة في
مصنفه عن جابر قال اول من فرض الفرائض ودون
الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب وفي الهداية

واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم
في الديوان والعطا ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يفرض
لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وقال مالك والشافعي
واحمد واكثر اهل العلم الدية على العشيرة وهم العصبات
لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولا نسخ بعده لانه لا يكون الا بوحي على لسان نبي ولا نبي
بعده ولما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حفص عن
حجاج عن مقسم عن ابن عباس قال كتب رسول الله صلى
الله عليه وسلم كتابا بين المهاجرين والانصار ان يعقلوا
معاقلهم وان يفدوا عانيهم بالمعروف والاصلاح بين المسلمين
قال وحدثنا وكيع ثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي قال جعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم عقل قريش على قريش وعقل
الانصار على الانصار وما رواه عبد الرزاق في مصنفه
اخبرنا معمر عن مطر الوراق عن الحسن قال ارسل عمر ابن
الخطاب الى امراة يطلبها في امر فقالت يا ويلها ما لها ولعمر
فبينا هي في الطريق اشتد بها النزع فضربها الطلق فد خلت
دارا فالقت ولدها فصاح الصبي صيحتين ثم مات
فاستشار الصحابة فقال بعضهم ليس عليك شي انما
انت وال ومؤدب قال وصمت علي فاقبل عليه عمر وقال
له ما تقول فقال علي ان قالوه برايهم فقد اخطا
وان قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ارى ان ديته عليك
فانك انت افزعتها فالقت ولدها بسببك قال فامر عمر
عليا ان يضرب ديته على قريش فاخذ عقله من قريش
لانه خطا هذا واختلف في الاباء والبنين فقال الشافعي
واحمد في رواية ليس اباء القاتل وان علوا ولا ابناؤه وان

سفلوا

سفلوا من العاقلة وقال مالك واحمد في رواية يدخل في
العاقلة ابو القاتل وابنه وهو قول لنا عند عدم اهل
الديوان ولنا ان عمر لما دون الدواوين جعل العقل على
اهل الديوان وكان ذلك بحضر من الصحابة روى ابن
ابي شيبة في مصنفه عن الحكم قال عمر اول من جعل الدية
عشرة عشرة في اعطيات المقاتلة دون الناس والا
عطية جمع العطية وروى ايضا عن الشعبي وعن ابراهيم
انهما قالا اول من فرض العطا عمر بن الخطاب وفرض
فيه الدية كاملة في ثلاث سنين والنصف في سنتين
والثلث في سنة وما دون ذلك في عامه وفي مصنف
عبد الرزاق مثله وفيه ايضا اخبرنا الثوري عن اشعث
عن الشعبي انه جعل عمر الدية في الاعطية في ثلاث سنين
والنصف والثلثين في سنتين والثلث في سنة وما دون
الثلث فهو في عامه واخرج ابن ابي شيبة عن النخعي ه
والحسن انهما قالا العقل على اهل الديوان وقال الترمذي
في كتابه وقد اجمع اهل العلم على ان الدية تؤخذ في ثلاث
سنين في كل سنة ثلث الدية وروى عبد الرزاق في مصنفه
عن عمر انه جعل الدية في الاعطية في ثلاث سنين وعطيا ثم
وفي لفظ انه قضى بالدية في ثلاث سنين في كل سنة ثلث
على اهل الديوان في اعطياتهم واما قولهم ولا نسخ بالحديث
بعده عليه السلام فمسلم لان هذا ليس نسخ بل هو
تقرير معنى لان العقل على اهل النصرة وكانت النصرة
بانواع بالقرابة وبالحلف الى العهد وبالولاء والعتاقة
وبالعد وهو ان يعد في القوم ولا يكون منهم وفي عهد
عمر صارت بالديوان فجعله على اهله اتباعا للمعنى ولهذا

قال لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف كانت عاقلتهم اهل
حرفتهم ولو كان بالحلف فعاقلتهم حلفاؤهم وتوضيحه ان اجماع
الصحابة لم يكن على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم بل على وفاق ما قضاه فانهم علموا انه انما قضى على
العشيرة باعتبار النصرة وقد كانت قوة المرء ونصرته يومئذ
بعشيرته ثم لما دون عمر الدواوين صارت القوة والنصرة
بالديوان فلذا قضوا بالدية على اهل الديوان لان المعنى
متى عقل في حكم الشرع يتعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع
وهي اي والعاقلة هي للقاتل اي قبيلته لمن اي
للقاتل الذي ليس منهم اي من اهل الديوان لان نصرته
بهم وهي المعتبرة في التعاقل فصار حاله كحال من كان
على عهده عليه السلام يؤخذ من كل اي من كل واحد منهم
ما عدا فقراءهم في ثلاث سنين لما روينا عن عمر ثلاثة دراهم
او اربعة فلا يزاد الواحد في كل سنة على درهم وثلث وقال
مالك واحمد في رواية لا تقدير في اخذها بل يحملون ما يطيقون
لان التقدير لا يثبت الا بالتوقيف منه ولا نص فيه فيفوض
الى راي الحاكم كمقادير النفقات وقال الشافعي واحمد
في رواية يجب على الغني نصف دينار لانه اقل ما قدر في الزكوة
وعلى المتوسط ربع دينار لان ما دون ذلك تافه لا يقطع
اليد فيه وقلنا العقل صلة تجب على سبيل المواساة
كالنفقة يستوي فيه الغني والمتوسط ثم ابتداء الثلاث
سنين من وقت القضاء عندنا وقال مالك والشافعي
واحمد من وقت القتل لانه سبب الوجوب ولنا ان الوجوب
الاصلي المثلي والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها
من وقته كولد المغرور يعتبر قيمته من وقت القضاء

لا قبله واذا كان الواجب ثلث الدية او اقل منه يجب في سنة
واحدة واذا كان اكثر من الثلث الى تمام الثلثين يجب
في سنتين واذا كان اكثر من الثلثين الى تمام الدية يجب
في ثلاث سنين لان جميع الدية في ثلاث سنين فيكون
كل ثلث في سنة ولا فرق عندنا في تاجيل الدية بثلاث
سنين بين الواجب على العاقلة والواجب على القاتل
تماما له وقال مالك والشافعي واحمد ما وجب في مال
القاتل فهو حال وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا او
انقلب القصاص بالشبهة مالا وان لم يتسع الحي لاخذ
الدية منهم في ثلاث سنين كل سنة درهم او درهم
وثلث ضم اليه اقرب الاحياء نسبا تحقيقا للتخفيف و
نقاد باعتبار الاحياء الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات
تقدم الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم والباقي من الدية
التي لم يتسع الحي لها مع ضم اقرب الاحياء نسبا اليهم على الجاني
لان اصل الوجوب عليه وانما تحول عنه الى العاقلة للتخفيف
والقاتل يدخل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه
الجاني فلا معنى لاخراجه ومواخذة غيره وقال مالك في غير
المشهور والشافعي واحمد لا يجب على القاتل شيء من الدية
والعاقلة للمعتق قبيلة سيده لان نصرته بهم والعاقلة
لمولى الموالاة ويقوم في الحلف مولاه وقبيله اي قبيلة مولاه
لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي
واحمد وقد مر في الولاء والمعتبر في العجم اهل النصرة ثم سواء
كانت بالحرفة او غيرها اتفق ابو الليث وابو جعفر الهندواني
وظهير الدين المرغيناني انه لا عاقلة للعجم لانهم ضيعوا
انسابهم ولا يتناصرون فيما بينهم واكثر المشايخ قالوا

للعجم عاقلة لان لهم عادة في التناصر وبه كان يفتي محمد بن
سلمة وشمس الائمة الحلواني وقال الاسبيجابي اهل صنعة في
القاتل عاقلته وديوانه ولكن بشرط ان يكونوا يتناصرون
بها وهو تفصيل حسن واختاره كثير من المشايخ وقد شاهدت
اهل المحلة في العجم يتناصرون كما ان مكة المشرفة حال المنازعة
بين اهل المحلة واهل الشبيكة وقد قالوا لا يعقل اهل مصر
عن اهل مصر اخر ويعقل اهل مصر عن اهل سوادهم لانهم اتباع
لاهل مصرهم ومن لا عاقلة له من المسلمين بان كان لقيطا او نحوه
كالغريب يعطى عنه من بيت المال ان كان للمسلمين بيت مال
والا اي وان لم يكن للمسلمين بيت مال فعلى الجاني كحد السرقة
والقذف والقصاص ويتحمل العاقلة ما اي المال الذي يجب
بنفس القتل وهو دية شبه العمد والخطا لا ما يجب بصلح
اي لا يتحمل العاقلة المال الذي يجب بسبب صلح عن قتل
عمدا والذي يجب بسبب اقرار من الجاني لم يصدقه العاقلة
عليه لان الاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولا
بينة عليهم الا ان يصدقوه في الاقرار لان تصديقهم اقرار منهم
والامتناع كان لحقهم وقد زال واما بعد قيام البينة لانها مثبتة
وتقبل هنا مع الاقرار وان كانت لا يعتبر معه لانها تثبت
ثبات باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ولو اقر
بقتل خطا ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه
بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي وقول
مالك والشافعي واحمد ان التاجيل من وقت القضا
في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى لانه اضعف
والذي يجب بسبب قتل عمد سقط قوده بشبهة كما
اذا عفا بعض الاوليا والذي يجب بسبب قتله ابنه عمدا

ولا

ولا يتحمل العاقلة جناية العبد او عمدا ما دون ارش الموضحة
بل يتحملها الجاني اخرج البيهقي عن الشعبي عن عمر قال
العمد والعبد والصلح والاعتراف لا يعقله العاقلة وروى
ابن ابي شيبة في مصنفه عن النخعي انه قال لا تعقل العاقلة
ما دون الموضحة ولا يعقل العمد ولا الصلح ولا الاعتراف
واخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الشعبي انه قال اربعة
ليس فيهن عقل على العاقلة وانما هي في ماله خاصة
العمد والاعتراف والصلح والمملوك وروى البيهقي عن الشعبي
انه قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
ورواه ابو عبيد القاسم بن سلام في اخر كتابه غريب
الحديث كذلك من قول الشعبي ثم قال واختلفوا في تاويل
العبد فقال محمد بن الحسن معناه ان يقتل العبد حرا
فليس على عاقلة مولاه شيء من جنايته وانما هي في رقبته
واحتج لذلك محمد بن الحسن فقال حدثني عبد الرحمن
ابن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله عن
ابن عباس قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا
ولا ما جنى المملوك الا ترى انه جعل الجناية للمملوك قال
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان
يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه فليس على
عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد
فذاكرت الاصمعي فيه فقال القول عندي ما قال ابن ابي ليلى
وعليه كلام العرب ولو كان المعنى على ما قال ابو حنيفة لكان
لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا انتهى
وقد اجبنا عنه فيما سبق بما هو احق وقال الشارح مفتيا على
سبيل التنزل ان كون القول عند الاصمعي ما قال ابن ابي ليلى

نظرا الى ما رواه محمد عن ابن عباس جمعا بين الاحاديث
كتاب الاكراه هو لغة قصدا كرهه اذا حمله على
امر يكرهه وشرعا **فعل** من تهديد وتخويف بضرب ونحوه
يوقعه المرء بغيره على ايجاد ما يكرهه طبعا او شرعا
فيفوت به رضاه او يفسد به **اختياره مع بقاء اهليته**
للتكليف وعدم سقوط الخطاب عنه لان المكره مبتلى
والابتلاء يحقق الخطاب الا يرى انه متردد بين فرض وحظر
ورخصة وبين اثم واجر وذلك اية الخطاب **وشرط** في تحقق
الاكراه امور منها **قدرة الحامل له على ايقاع ما هدد**
به سلطانا كان او لصا وقول ابي حنيفة ان الاكراه
لا يكون الا من السلطان قالوا هو اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف حجة وبرهان لان زمان ابي حنيفة لم يكن فيه
لغير السلطان من القدرة ما يتحقق به الاكراه وزمانهما
كان فيه ذلك **ومنها خوف الفاعل** وهو المكره بفتح الراء
ايقاعه اي ايقاع الحامل ما اكره به بان يغلب على ظنه
ان يوقعه به عليه في الحال بغالب ظنه **ومنها كون**
المكره به متلفا نفسا سواء كان قتلا او ضربا **او متلفا**
عضوا قطعا كان او غيره **وهو** اي متلف النفس والعضو
الاكراه **الملجئ او موجبا غما** عطف على متلفا اي او كون
المكره به موجبا **لما يعدم الرضى** وفي شرح الوقاية ان
هذا يختلف باختلاف الناس فان الاراذل لا يغتمون بالضرب
او الحبس فالضرب اللين لا يكون اكراها في حقهم بل الضرب
المبرح وكذا الحبس الا ان يكون حبسا مديدا يتضجر منه
والاشراف يغتمون لكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون
اكراها لهم **ومنها كون الفاعل ممتنعا عما اكره عليه**

من

من الفعل **قبله** اي قبل الاكراه **لحقه** اي لحق الفاعل كاكراهه
على بيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده **او لحق شخص اخر**
كاكراهه على اتلاف مال غيره **او لحق الشرع** كاكراهه على
شرب الخمر او الزنى **فلو اكره بالملجئ او غيره على بيع ماله ونحوه**
من الشراء بماله والاجارة **لداره او على اقرار** مثل ان يقر
لرجل بالف ففعل ما اكره عليه فهو بالخيار ان شاء **فسخ**
او شاء امضى اما البيع ونحوه فلفوات شرط صحته وهو الرضا
واما الاقرار فلانه خبر يحتمل الصدق والكذب ودليل
الكذب موجود هنا وهو الاكراه والاصل عندنا ان
تصرفات المكره كلها منعقدة قولا الا ان ما يحتمل الفسخ
منها كالبيع والاجارة له ان يفسخه وما لا يحتمله كالطلاق
والنكاح والاعتاق والتدبير والاستيلاد والنذر يلزمه وعند
مالك والشافعي واحمد لا ينعقد واذا كان البيع والتسليم كرها
ملكه اي المبيع المشتري **ان قبض** المشتري المبيع لان بيع
المكره فاسد وذلك اذ ما هو ركن العقد لم ينعدم بالاكراه وهو
الايجاب والقبول في محله وانما انعدم ما هو شرط الجواز وهو
الرضا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وفوات
شرط الجواز في افساد العقد كما في الربوا فان المساواة في
الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا انعدمت كان العقد
فاسدا وعندنا ان البيع الفاسد يملك المشتري المبيع بالقبض
وعند مالك والشافعي واحمد لا يملك **فيصح** للمشتري بعد
قبضه **اعتاقه** وتدبيره واستيلاد الامة **ولزمه** اي المشتري
قيمته كما في سائر البيوع الفاسدة **فان قبض** المكره على البيع
ثمنه طوعا او سلم المبيع للمشتري طوعا **بان اكره** على البيع
لا على التسليم **نفذ** البيع في المسائل لان قبض الثمن طوعا

دليل الاجازة **كما في** البيع الموقوف اذا قبض المالك الثمن وكذا
تسليم المبيع من غير كره دليل الاجازة فيتقيد بالطوع وهو
للمسالتين لان البائع لو قبض الثمن كرها لم يكن قبضه اجازة
وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه وان
كان هالكا لا يأخذ المشتري منه شيئا لانه كان امانة عنده
لان اخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك
لا يجب ضمانه الا اذا قبضه للتملك وهنا لم يقبضه لذلك
بل للاكراه **وكره بالملجي** وهو القتل او القطع ولو انملة او
ضربا يخاف منه على نفسه او عضو من اعضائه **شرب خمر
واكل ميتة ونحوه** او نحو اكل الميتة وكذا اكل لحم الخنزير او اكل
الدم لان الله تعالى استثنى الضرورة من التحريم بقوله
الا ما اضطررتم اليه وفي الاكراه الملجي ضرورة فصارت
الاشياء كما في الاطعمة المباحة حتى ان لم يفعل وصبر على
القتل او قطع العضو اثم وحكي عن ابي يوسف وهو قول
للشافعي ورواية عن احمد لا يأثم الرواية وعن ابي يوسف
لا يأثم وكذا من اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى
مات اثم في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لا يأثم والاصل
عنده ان الاثم ينتفي بالضرورة والحرمة لا ينتفي بها اما
الاولى فلقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه
وقوله فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور
رحيم واما الثانية فلان الحرمة المتعلقة بصفة الميتة والخمر
مستثناة من الحرمة قال تعالى وقد فصل لكم وبالضرورة
لا تزول ذلك فاذا امتنع المضطر كان امتناعه من تناول
الحرمة فلا يأثم لانه متمسك بالعزيمة ووجه الظاهر ان حالة
الاضطرار مستثناة من الحرمة قال تعالى وقد فصل لكم ما حرم

عليكم

عليكم الا ما اضطررتم اليه والمستثنى من الحرام حلال ومن
امتنع عن الطعام الحلال حتى هلك يكون اثما ولو فعل
ما ذكرتم غير ملجي بان يكون بضرب او حبس او قيد لم يحل
ورخص به اي بالملجي **اظهار الكفر مطمئنا** اظهارا بالايمان
ورخص به اي قلبه المظهر لقوله تعالى من كفر بالله من بعد
ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولما روى
الحاكم في المستدرك عند تفسير سورة النحل عن ابي عبيدة
ابن محمد بن عمار بن ياسر وقال صحيح على شرط الشيخين ان
المشركين اخذوا عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب
النبي صلى الله عليه وسلم وذكر الهتهم بخير ثم تركوه
فلما اتى النبي صلى الله عليه وسلم قال له ما وراءك قال
شر يا رسول الله ما تركت حتى نلت منك وذكرت
الهتهم بخير قال فكيف تجد قلبك قال مطمئنا بالايمان
قال ان عادوا فعد ورواه ابو نعيم في الحلية وعن عبد الرزاق
في مصنفه وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان الاية **وبالصبر بر** اي وان لم يظهر الكفر وصبر
على ما اكره به من قتل او قطع اثيب لان الحرمة لما كانت
باقية كان باذلا لنفسه لاعزاز الدين متمسكا بالعزيمة
فكان شهيدا ولما روي ان مسيلمة الكذاب اخذ رجلين
فقال لاحدهما ما تقول في محمد فقال رسول الله قال
فما تقول في قال انت ايضا فخلاه وقال للاخر
ما تقول في محمد قال رسول الله قال فما تقول في قال انا اصم
فاعاد عليه ثلاثا فاعاد جوابه فقتله فبلغ رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال اما الاول فقد اخذ برخصة
الله واما الثاني فقد صدع بالحق فهنيئا له وفي صحيح

البخاري ان صبر خبيب على القتل وقوله حين عزموا على
قتله **شعر** ولست ابالي حين اقتل مسلما على اي
شق كان لله مصرعي وذلك في ذات الاله وان يشا يبارك
على اوصال شلو ممزع اي عضو جسد مقطع وهو
خبيب بن عدي الانصاري حضر بدرا واسر في غزوة
الرجيع سنة ثلاث فانطلق به الى مكة فاشتراه بنو
الحارث بن عامر وكان خبيب قد قتل الحارث يوم
بدر كافرا فاشتراه بنوه ليقتلوه فاقام عندهم اسيرا ثم
صلبوه بالتنعيم وهو اول من صلب في الاسلام ولما
خرجوا به من الحرم ليقتلوه قال دعوني اصلي ركعتين
ثم انشا المشعر ورخص بالملجي **اتلاف مال مسلم**
لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحققت الضرورة هنا ولو صبر حتى قتل كان
شهيدا لانه بذل نفسه لاعزاز الدين لان الحرمة باقية
فالامتناع عزيمة **وضمن الحامل** لصاحب المال لان المكره
الة للحامل فيما يصلح الة له وهو الاتلاف فكان الحامل
هو المتلف لمعصوم المال **لا قتله** اي لا يرخص قتل المسلم
بالاكراه الملجي على قتله لان قتل المسلم لا يباح للضرورة
فكذا الاكراه ولان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره
عليه في ذلك سواء فسقط الاكراه للتعارض ولو كان قاهر
لتقطعن يدك بنفسك او لاقطعنها انا لم يسعه قطعها
لانه في الجانبين عليه صورة قطع عضو بلا بدل اذا امتنع
صارت يده مقطوعة بفعل المكره واذا اقدم عليه
صارت مقطوعة بفعل نفسه وهو يتيقن بما يفعله
بنفسه ولا يتيقن بما هدده به المكره اذ ربما يخوفه

عالا

بالا يحققه فلهذا لا يسعه قطعها ولو قطعها لم يكن على
الذي اكرهه شي وكذا لو قال له لتقتلن نفسك بهذا
السيف او لاقتلنك به لم يكن هذا اكراها لما قلنا ولو قال
لتقتلن نفسك بهذا السيف او لاقتلنك به لم يكن هذا
اكراها بالسياط او ذكر له نوعا من القتل هو اشد عليه
مما امره ان يفعله بنفسه فقتل بنفسه قتل به الذي اكرهه
لان الاكراه تحقق هنا فانه قصد بالاقدام على ما طلب
منه دفع ما هو اشد عليه اذ القتل بالسياط يطول
ويتوالي الم حس واشد على البدن من القتل بالسيف
لان القتل به يكون لحظة وبالسياط يطول ويتوالي
الالم والية اشار رحمه الله حيث قال فتنة السوط
اشد من فتنة السيف **ويقاد هو** اي الحامل ان كان
القتل عمدا **فقط** اي ولا يقاد الفاعل معه ولا وحده
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال مالك والشافعي واحمد
يقادان لان الفاعل قاتل حقيقة والحامل متسبب والمتسبب
عندهم في القود كالمباشر كما في شهود القصاص اذا رجعوا
وقال زفر يقاد الفاعل فقط وقال ابو يوسف لا يقاد واحد منهما
لان الفاعل قاتل حقيقة لا حكما والحامل بالعكس فتمكنت
الشبهة من الجانبين ولو اكره على تردي من جبل عال او على
اقتحام نار مضطربة لا يرجو النجاة منها او على طرح
نفسه في مهلك يقتل له الصبر والاقتحام عند ابي حنيفة
لان من الناس من يختار الم النار على الم السيف وصيره محمد
ومنعه من قتل ما امر به واضطرب قول ابي يوسف في
الصبر والاقتحام وكذا الخلاف بينهم لو وقعت نار في سفينة
ان صبر احترق وان القى نفسه غرق وحكم الاكراه على التردي

والإلقاء في الماء مما يقتل الحامل على اقتحام النار بالقتل
ويوافق أبو يوسف محمدًا في وجوب القود في الصور
الثلاث في الصحيح عنه لأنه لما أبيح له الإقدام
صار آلة للمكره والدليل عليه حديث زيد بن وهب
قال استعمل عمر بن الخطاب رجلًا على جيش فخرج نحو
الجبل فانتهى إلى نهر ليس عليه جسر في يوم بارد فقال
أمير ذلك الجيش لرجل انزل فابغ لنا مخاضة نجوز
فقال الرجل إني إن دخلت الماء أموت فأكرهه فدخل
الماء وقال يا عمراه يا عمراه ثم لم يلبث أن هلك فبلغ ذلك
عمر وهو في سوق المدينة فقال يا لبيكاه يا لبيكاه
فبعث إلى الأمير فنزعه وقال لولا أن يكون سنة لأقدته
منك ثم عزله وقال لا تعمل لي عملًا أبدًا قالوا وإنما
أمر الأمير بذلك على غير إرادة قتله بل ليدخل الماء فينظر
لهم مخاضة فضمنه عمر ديته فكيف بمن أمر وهو يريد
قتله بذلك وفيه دليل على أنه يجب القود على المكره
وأنه يجب بغير السلاح ومعنى قوله أن يكون سنة يعني
في حق من لا يقصد القتل ويكون مخطئًا في ذلك
فهو تنصيص على أنه إذا كان قاصدًا قتله بالإلجاء
فإنه يستوجب القود وأبو حنيفة يقول إنما قال
عمر ذلك على سبيل التهديد وقد يهدد الإمام بما لا
يتحقق ويتحرز عن الكذب بنوع من معاريض الكلام
والله أعلم بحقائق المرام وصح نكاحه أي نكاح من أكره
على نكاح امرأة وطلاقه أي طلاق من أكره على طلاق امرأته
وعتقه أي عتق من أكره على إعتاق عبده أو أمته
فإن هذه العقود تصح عندنا مع وجود الإكراه قياسًا

على

صحتها مع وجود الهزل وعند مالك والشافعي وأحمد لا يصح
ورجع السيد على الحامل له بقيمة العبد سواء كان الحامل له
موسرًا أو معسرًا وبنصف المسمى أي ورجع المطلق على الحامل
بنصف المسمى إن لم يطأ فيه به لأنه لا يرجع في الموطوءة بشيء
لأن ما عليه في غير الموطوءة كان على شرف السقوط بأن جاءت
الفرقة من جانب المرأة وإنما تقرر بالطلاق فكان الإكراه على الطلاق
إتلافًا للمال من هذا الوجه فانضاف إلى الحامل من حيث إنه إتلاف بخلاف
ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق وصح نذره
أي نذر من أكره على نذر ويمينه أي حلف من أكره على حلف على
شيء لأن النذر واليمين لا يلحقهما الفسخ وكل ما لا يحتمل الفسخ
لا يؤثر فيه الإكراه وصح ظهاره أي ظهار من أكره على أن يظاهر
من امرأته حتى لا يجوز له قربانها حتى يكفر لأن الظهار من أسباب
التحريم كالطلاق فيستوي فيه الجد والهزل فكذا الكره والطوع
وصح رجعته أي رجعة من راجع امرأته كرهًا لأن الرجعة استدامة
النكاح فكانت ملحقة به وصح إيلاؤه أي إيلاء من أكره على الإيلاء
لأن الإيلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والإكراه لا يمنع واحدًا
منهما وصح فيئه أي فيء من أكره على الفيء فيه أي في الإيلاء لأن
الفيء يصح مع الهزل فكذا مع الإكراه ولأنه كالرجعة في
الاستدامة وصح إسلامه أي إسلام من أسلم كرهًا بلا قتل ولا
يقتل لو رجع عن الإسلام بل يحبس لأن الشبهة لما تمكنت
في إسلامه رجحناه لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ودرأنا
عنه القتل بالرجوع لاحتمال عدم ردته لا إبراؤه أي ولا يصح
إبراء من أكره على إبراء شخص من دين أو كفالة ولا يصح ردته
أي ردة من أكره على الردة حتى لا تبين زوجته لأن الردة تتعلق
بالاعتقاد بدليل أن من نوى أن يكفر يصير كافرًا وإن لم يتكلم

بالكفر والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد والذمي من اكره
على الزنى حد الا اذا اكرهه سلطانا وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما لا يحد وقد سبق التحقيق والله ولي التوفيق

كتاب الحجر

بالفتح لغة المنع مطلقا
ومنه سمي العقل حجرا بالكسر كقوله تعالى هل في ذلك قسم
لذي حجر وسمي به لانه يمنع صاحبه عن القبائح وسمي الحطيم
حجرا لانه منع من بناء الكعبة وشرعا منع نفاذ القول لا
الفعل لان الحجر من الامور الحكمية دون الحسية ونفاذ القول
حكمي لانه يرد ويفسخ بخلاف نفاذ الفعل فانه حسي لا يرد
اذا وقع فلا يتصور الحجر فيه فلو اتلف صبي او مجنون مال
الغير يجب الضمان وسببه اي الحجر الصغر
لان معه عدم العقل ان كان غائبا عن التمييز ونقصانه
ان كان مميزا الا ان هذا التمييز ينجبر باذن الولي ويصير
الصغير به كالبالغ والجنون لانه اما مع عدم العقل اصلا
وذلك فيمن لا يفيق صاحبه منه وحكمه ان لا يصح تصرفه
القولي وان اجاز وليه لعدم اهلية التصرف منه واما
مع نقصان العقل وذلك فيمن يجن مرة ويفيق اخرى وحكمه
انه في حال الافاقة كالعاقل واما المعتوه وفسروه بقليل
الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا
يشتم وحكمه حكم الصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف
عنه والرق لان العبد وما في يده لمولاه فلا ينفذ تصرفه
القولي لاجل حقه فللمولى ان يرفعه بفسخه ولكن اذا رضي
بتصرفه جاز لكونه رضي بفوات حقه والحكمة في ذلك ان الله
خلق الورى وميز بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم
اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب

الردى (وضمنوا) اي الصبي والمجنون والعبد (بالفعل) اي باتلاف
مال الغير لان ضمانهم اجبارا لحق المتلف عليه في المحل المعصوم
وحقه بالاتلاف فانه اذا قتل انسانا او قطع يده او اتلف شيئا
لا يمكن جعل ما ذكر كالعدم لانه يؤدي الى ابطال العصمة وهو
قول باطل عند جميع الائمة بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع
في جميع الاحوال فامكن ان لا يعتبر شرعا بالنسبة الى البعض
دون البعض لعارض (واخر العبد الى العتق في الاقرار بالمال)
لان اقرار العبد نافذ في حق نفسه لقيام اهليته بكونه
مكلفا غير نافذ في حق سيده لان نفاذه في حقه لا يخلو عن
تعلق الدين برقبته او كسبه وكلاهما لسيده فلا يستحق شيء
منهما باقراره لان اقرار الانسان لا يقبل على غيره فان اقر
العبد بالمال لم يلزمه في الحال لقيام المانع ويلزمه بعد الحرية
لانهما من خواص الادمية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي
بل من حيث انه مال واذا كان فيهما مبقى على اصل الحرية
نفذ اقراره بهما في الحال لانه اقر بما هو حقه ويبطل حق المولى
ضمنا وفيه خلاف زفر (ولا حجر) عند ابي حنيفة على الحر
العاقل البالغ (بسفه) وهو الاسراف في النفقة والتبذير
لا لغرض او لغرض لا يعتبره العقلاء من اهل الديانة مثل
دفع المال الى (المغنين) واللعابين وشراء الحمام الطيارة
بالثمن الغالي (وفسق) اذا كان الفاسق مصلحا لماله وحجر
عليه الشافعي (ودين) بفتح الدال لانه حر مخاطب فكان
مطلق التصرف في ماله كالرشيد كتزوجه وطلاقه اتفاقا
(وحجر عنده مفت ماجن) وفسر بالذي يعلم الناس الحيل
(وطبيب جاهل ومكار مفلس) وهو الذي يكاري على دابة
للسفر ويأخذ الكرا ولا دابة له وانما راى ابي حنيفة الحجر

لانتفاء التهمة (د) رجل في الاقرار (الخ) على
(وقود) لان العبد فيهما مبقى على
اصل الحرية صح

علي هو لا دفعا لضررهم عن الناس ولا يحجر القاضي على المديون
الذي خيف منه اتلاف ماله بطريق الاقرار عند ابي حنيفة
وان طلب غرماؤه الحجر عليه لان فيه اهدار اقواله والحاقه
بالبهائم فلا يجوز لدفع ضرر خاص بل يحبسه كما مر ويحجر
عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد
بالدين اذا طلب الغرماء من القاضي الحجر عليه فيمنعه من البيع
والتصرف والاقرار نظرا للغرماء كيلا يضرهم ولما روى
الدارقطني عن كعب بن مالك عن ابيه ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله في دين كان عليه
وعن عبد الرحمن ابن كعب قال كان معاذ شابا سخيا وكان
لا يمسك شيا فلم يزل يدان حتى اغرق ماله في الدين فاتى
غرماؤه النبي صلى الله عليه وسلم فكلموه فباع عليه
السلام ماله حتى قام معاذ بغير شي ولقول عمر بن الخطاب
ايها الناس اياكم والدين فان اوله هم واخره حرب وان اسيفع
جهينة قد رضي من دينه وامانته ان يقال سبق الحاج فادان
معرضا فاصبح قد رين به الا اني بايع عليه ماله وقاسم
ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليغد
ولم ينكر عليه احد من الصحابة فكان هذا اتفاقا منهم
على انه يباع على المديون ماله وقوله فادان معرضا اي
استدان معرضا وهو الذي يعترض الناس فيستدين
ما وجد ممن وجدها املته ولا يبالي ممن تبعه وقوله رين
به اي غلب بالدين يقال رين بالرجل رينا اذا وقع فيما لا يستطيع
الخروج منه ومنه قوله تعالى كلا بل ران على قلوبهم ما
كانوا يكسبون وابو حنيفة استدل بقوله تعالى لا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبيع

المال

فلا ينبغي ح

المال على المديون بغير رضاه وليس بتجارة عن تراض وقال
صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس
منه ونفسه لا يطيب ببيع القاضي ماله عليه ولو كان له
ان يفعله بهذا الظاهر والدليل عليه انه يحبسه بالاتفاق
ولو جاز له بيع ماله لم يشتغل بحبسه لما فيه من الاضرار بهم وبالغرما
من تاخير وصول حقهم اليهم وتاويل حديث معاذ ان النبي
صلى الله عليه باع ماله بسواله لانه لم يكن في ماله وفاء
بدينه كقضية جابر في غرمائه بطلبه وقصدا لانه عندهم يامر
القاضي اولا ببيع ماله فاذا امتنع منه يبيعه ولا يظن انه
كان ياتي امر رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه ببيع
ماله حتى يحتاج ان يبيعه عليه بغير رضاه والمشهور
في حديث سيفع ان عمر قال اني قاسم ماله بين غرمائه فيحمل
على انه كان من جنس الدين وان ثبت البيع فانما كان ذلك
برضاه الا ترى ان القاضي لا يبيعه عندهم الا عند طلب
الغرماء ولم ينقل انهم طالبوه بذلك وانما المنقول انه
ابتداهم بذلك والمرهونات بعد واليه فدل ان ذلك برضاه
والحجر عندهم ايضا بالسفه لان النظر للسفيه واجب
حقا لاسلامه ولو حجر عليه القاضي ثم رفع ذلك الى قاض اخر
فرفع الحجر عنه جاز لان الحجر من الاول ليس بقضاء بل فتوى
لان القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء
لاحدهما على الاخر ولم يوجد ذلك ويحجر محمد على السفيه بمجرد
حدوث سفهه اعتبارا له بالصبا بلا توقف على حجر القاضي
ووافقه ابو يوسف عليه واعتبره بالمديون فلو باع شيا
قبل حجر القاضي نفذ عنده والاصل فيهما قوله تعالى فان
كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان يمل

هو مليجل وليه بالعدل فهذا تنصيص على اثبات الولاية
على السفيه ولا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وقال تعالى ولا
تؤتوا السفهاء اموالكم الى ان قال واكسوهم فهذا تنصيص
على اثبات الحجر عليه بطريق النظر له وقضية حبان بن منقذ
الانصاري وغبنه في البياعات وسؤال اهله النبي صلى
الله عليه وسلم ان يحجر عليه فلو لم يكن الحجر بسبب التبذير
في المال مشروعا لما سال اهله النبي فيه وقد طلب علي رض
عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر لما اشترى دار الضيافة
بماية الف وهو فعبد الله من ذلك والتجاه الى الزبير
وشراء الزبير منه نصفها بخمسين الفا اقتضا احتياطا لا
سنه لدفع الحجر عنه واعتذار عثمان بقوله كيف احجر
على رجل شريكه الزبير فاستدل برغبته في الشركة على انه
لا غبن وانما كان ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة
في التجارة فاستدل برغبته في الشركة على انه لا غبن في
تصرفه فهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بسبب التبذير
والمعنى فيه انه مبذر لماله فيكون محجورا عليه في افعاله
كالصبي بل اولى لانه انما حجر عليه لتوهم التبذير منه وقد تحقق
هنا فلان يكون محجورا عليه اولى وانما اجاز تزوجه وطلاقه
واعتاقه بدون اجازة القاضي لان كل كلام لا يؤثر الهزل
فيه لا يؤثر السفه فيه لكن يبطل ما زاد على مهر المثل
هذا ويدفع القاضي اليه ماله ويخرج فيها هو بحضرة امينه
لئلا يصرفها في غير مصارفها وينفق عليه القاضي او امينه
لانه حاجة منها الى بينة وكذا من يلزمه نفقته من ماله
لان السفه لا يبطل حقوق الناس ولا يمنعه من حجة الاسلام
لان الحج فرض عليه واذا كان مستطيعا والسفيه كالمصلح

في

في التولية ولا من عمرة واحدة استحسانا لانه قيل بفرضيتها
فلا يمنع عنها احتياطا وينفذ وصاياه في القرب من الثلث
واذا بلغ الصبي غير رشيد لم يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة
حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وصح عنده تصرفه
اي الذي بلغ غير رشيد **قبله** اي قبل خمس وعشرين سنة
وبعده اي بعد الخمس وعشرين سنة **يسلم** اليه ماله
ولو **بلا رشد** وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد
لا يسلم اليه ماله ولا يجوز تصرفه فيه حتى يونس رشده
لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله تعالى فان
انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم فانه تعالى نهى
عن الدفع اليه ما دام سفيها وامر بالدفع اليه ان وجد رشدا
فلا يجوز الدفع اليه قبل الرشد ولابي حنيفة قوله تعالى
وآتوا اليتامى اموالهم والمراد بعد البلوغ وسموا يتامى لقربهم
من اليتم فهو تنصيص على وجوب دفع المال بعد البلوغ
الا انه يمنع عنه ماله قبل هذه المدة بالاجماع ولا اجماع ههنا
فيجب دفع المال بالنص ولان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه
السفه باعتبار اثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة
لانه وقت ان يتصور فيه جدا بان يبلغ الاثنى عشر سنة
ويولد له لستة اشهر ويبلغ ولده الاثنى عشرة سنة ويولد
له لستة اشهر والمراد من الاية الاولى اموالنا لا اموالهم
والاية الثانية مشتملة على التعليق بالشرط وهو لا يوجب
العدم عند عدم الشرط عندنا على ان الشرط رشد نكرة
فاذا صار الشرط في حكم الوجود بوجه يوجب جزاءه واول
احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار الصبا وبقاء
اثره كتقارب عينه واذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة

لم يبق اثره وحدث ضرب من الرشد لا محالة لانه حال كمال لبه فقد روي عن عمر انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة **وحبس القاضي المديون** عند ابي حنيفة كغيره **لدينه** اي ليقضي المديون ما عليه من الدين ببيع ماله او بغيره وانما حبسه دفعا لظلمه بمطله ولا يكون هذا الحبس اكراها على بيعه لان المقصود منه حمل المديون على قضاء دينه باي طريق شاء في حقه **وقضى** اي ووفى القاضي بلا امر المديون **وقضى دنانيره** اي دنانير دين المديون **من دنانيره ودراهم من دينه دراهمه** اي دراهم المديون **وقضى دنانيره** اي دنانير دين المديون **من دنانيره** اي دنانير المديون لان الدائن لما كان له ان ياخذ دينه اذا ظفر بجنس حقه من غير رضاء المديون كان للقاضي ان يعينه على ذلك وصار هذا الفعل منه اعانة للدائن على اخذ حقه **وباع القاضي كلا** من الدراهم والدنانير **لقضاء الاخر** فيبيع الدراهم لقضاء الدنانير وبالعكس وهذا استحسان والقياس ان لا يبيع كالعروض ووجه الاستحسان ان الدراهم والدنانير متحدان في الثمنية والمالية ولذا يضم احدهما الى الاخر في الزكوة ومختلفان في الصورة حقيقة وهو ظاهر وحكما لان ربا الفضل لا يجري بينهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف لم يثبت للدائن الاخذ عند الظفر باحدهما عملا بالشبهين ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص وينفق عليه وعلى من يلزمه نفقته من زوجه واولاد صغار وذوي الارحام مما في يده لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ويترك له من ثياب بدنه دست ويباع الباقي لو فرض الكفاية بالواحد وهو مختار الحلواني وقيل يترك له دستان لئلا يقعد في بيته ملوما محسورا اذا غسل ثيابه

وفي الفتاوى الصغرى اذا كان له ثياب حسنة يمكنه الاكتفاء بما دونها تباع ويكتفي بالدون **لا عرضه** بكون الراء **ولا عقاره** اي لا يبيع القاضي عرض المديون ولا عقاره لقضاء دينه لان البيع لا بد فيه من الرضا من الجانبين ولا رضي هنا من جانب المالك **ومن افلس ومعه عرض شراه فبايعه اسوة للغرماء** اراد من كون العرض معه انه قبضه باذن بايعه واحترز به عمن افلس قبل قبض عرض شراه فان بايعه لا يكون اسوة الغرماء بل له ان يحبس العرض حتى يقبض الثمن وعمن افلس بعد قبض العرض بغير اذن بايعه فان البايع له ان يسترده ويحبسه بالثمن وقال مالك والشافعي واحمد بايع العرض احق به في حياة المشتري وبعد حياته هو احق به عند الشافعي فقط لما في الصحيحين عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس فهو احق به من غيره ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وذلك ان المشتري اذا افلس استحق بهذا النص النظرة الى الميسرة فليس للبايع ان يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن والحديث محمول على المغصوبات والودايع والرهن والعواري والاجارات **وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال وبلوغ الجارية بالاحتلام والحيض** والانزال والاصل هو الانزال لقوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم ولكن الحبل والاحبال لا يكونان الا مع الانزال وكذا الحبل لا يكون عادة الا في زمن الحمل والحبل لا يكون الا مع الانزال وهذا لان البلوغ عبارة عن بلوغ الانسان كمال الاحوال **فان لم يوجد شيء** مما ذكر فحتى يتم

له ثمانية عشرة سنة وقيل تسع عشرة سنة ويتم لها سبع
عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة لأن بلوغ الأشد الصبي
عند ابن عباس والقتبي وقد قال تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وقيل
اثنان وعشرون سنة وقيل خمس وعشرون سنة
وأقل ما قالوا ثمانية عشرة سنة فيوجب تعليق الحكم
عليه للاحتياط ولأنه متفق عليه غير أن الجارية أسرع
إدراكا من الغلام فنقصنا في حقها سنة لاشتمالها
على الفصول الأربعة التي ربما يوافق فصل مزاجها
وأما عند أبي يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد
حتى يتم لهما خمس عشرة سنة وهو رواية عن أبي حنيفة
وبه يفتى لأن ابن عمر عرض على النبي صلى الله عليه وسلم
يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزه وعرض عليه
يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه ولأن
بلوغهما لا يتأخر عن الخمسة عشر عادة والعادة إحدى
الحجج الشرعية فيما لا نص فيه **وأدنى مدته** أي مدة البلوغ
بالاحتلام وغيره له أي حال كون المدة للغلام
اثنتا عشرة سنة ولها أي حال كون المدة للجارية
تسع ولا يخفى أن ذلك لا يعرف إلا بسماع أو تتبع وفي
شرح مسلم ومن طرف أحوال عبد الله بن عمرو بن العاص
أنه ليس بينه وبين أبيه في الولادة إلا إحدى عشرة
سنة **فصدقا حينئذ إن أقرا به** أي صدق الغلام إن أقر
بالبلوغ بالاحتلام ونحوه في اثنتي عشرة سنة وصدقت
الجارية إن أقرت بذلك في تسع لأن ما أقرا به لا يعرف
إلا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة

فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض **فصل الإذن** لغة
الإعلام وشرعا عندنا **فك الحجر وإسقاط الحق** الثابت
بالرق ورفع المانع من التصرف حكما وإثبات اليد للعبد في
كسبه **ثم يتصرف العبد لنفسه بأهليته** وعند الشافعي
وأحمد وزفر توكيل وإنابة **ثم يتصرف المولى بإذنه** لأن
المانع من التصرف وهو الرق باق بعد الإذن فعندهم
يصح التقييد حتى لا يجوز للعبد أن يجاوزه كالوكيل
ولنا أنه بعد الرق أهل للتصرف بلسانه الناطق وعقله
المميز وهما لا يفوتان بالرق لأنهما من كرامات بني آدم
وإنما حجر عليه في حالة الرق لأن تصرفه حينئذ لم يعهد
إلا موجبا لتعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك ملك
المولى فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه بغير رضاه **فلم يرجع
بالعهدة على سيده** أي ولكونه متصرفا بأهليته الأصلية
لنفسه لا يرجع بما لحقه من العهدة على مولاه **ولو أذن له**
سيده **يوما فهو مأذون إلى أن يحجر** سيده عليه **ولو أذن
له في نوع** أو وقت **عم إذنه** لأن المانع حق المولى وقد
أسقطه والإسقاط لا يقبل التقييد كالطلاق والعتاق
تقيد بالنوع لأنه لو أذن له في شراء شيء بعينه أو بيعه
لا يكون مأذونا وإلا لانسد على المولى باب استخدامه
**ويثبت الإذن صريحا وهو ظاهر ودلالة كما إذا رأى سيده
يبيع ويشتري وسكت** سواء باع عينا مملوكا لمولاه أو لغيره
بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا كذا في الهداية
وغيرها وقال مالك والشافعي وأحمد وزفر لا يثبت الإذن
بسكوت المولى إذا رأى عبده يبيع أو يشتري لأن السكوت
يحتمل الرضا وغيره ولا يثبت رضاه بالشك ولنا أن العادة

حجر بان من الاب من يتصرف عبده بتقاضاه عنه بل يوجبه
عليه فاذا لم ينهه وسكت كان ذلك اذنا له دلالة ودفعا
للضرر عن الناس في المعاملة فانهم يعتمدون ذلك
الطلاقة فيما يعاونه وصار الفعل علما بنصبه الشرع
والعرف كما في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند امر
يعاينه عن التغيير والنكير وسكوت البكر والشفيع
فيبيع اي فيجوز ان يبيع الماذون ويشتري ولو بغبن
فاحش وقالا لا يجوز بالغبن الفاحش لانه يجري مجرى
التبرع ولابي حنيفة انه تجارة لا تبرع ويوكل بهما اي
بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة وربما عجز عن مباشرة
الكل بنفسه فيحتاج الى الاعانة ويرهن ويرتهن لان فيهما
ايفاء واستيفاء ويتقبل الارض اي ياخذها فيما له
بالاستيجار والمساقات ويأخذها مزارعة ويشتري بذرا
يزرعه في ارضه لانه به يحصل الربح ويشارك عنانا
قيد به لانه لا يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة
وهو لا يملكها لكونها تبرعا ويدفع المال ويأخذه مضاربة
اي اخذ مضاربة وهو مفعول مطلق للفعلين من باب
التنازع ويواجر البيوت والحوانيت والاجراء لان
ذلك كله من صنيع التجارة ويوجر نفسه وعند مالك
والشافعي واحمد لا يوجرها لان الاذن له بالتجارة
لا يتناول نفسه فلا يتناول منافعها لانها تابعة لها
ولهذا لم يكن له ان يبيع نفسه ولا ان يرهنها ولنا ان الاجارة
من باب التجارة اذ هي بيع المنافع ولا يلزم من امتناع
بيع النفس امتناع اجارتها الا ترى ان الحر لا يملك
بيع نفسه ويملك اجارتها ويقر بوديعة لان التاجر

قد لا يجد بدا من ذلك فكان من توابع التجارة وغصب لان
ضمان الغصب عندنا ضمان معاوضة فكان من باب
التجارة ودين سواء كان دين معاوضة او غيرها لان
الاقرار به من توابع التجارة وعند مالك والشافعي
واحمد يختص بدين المعاملة فقط ولو كان اقراره بعد
الحجر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
وهو قول مالك والشافعي واحمد لا يصح بعد الحجر
ويهدي الماذون طعاما يسيرا وعند مالك والشافعي
لا يهدي الا باذنه ويضيف من يطعمه لانه عوض عن
طعامه ومن يعامله ولو لم يطعمه لان التجار قد يحتاجون
الى ذلك ويحط الماذون من الثمن بعيب قدر المعهود من
التجار حطه واما الحط بدون العيب بعد تمام العقد
فلا يجوز لانه محض تبرع ولا يزوج الماذون عبده ولا
امته لان التزويج ليس من باب التجارة بل ربما يترتب
عليه نوع من الخسارة وقال ابو يوسف يزوج الامة
لان في تزويجها يحصل المهر وسقوط النفقة فكان
كاجارتها واما المكاتب والاب والوصي فيملكون الكسب
في مال الصغير فلهم تزويجها وذلك لا يختص بالتجارة
وجعل صاحب الهداية الاب والوصي على هذا الخلاف
وهو سهو فانه ذكر المسالة في كتاب المكاتب ولم
يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة
كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتحفة
كذا في شرح الكنز ولا يكاتب الماذون عبده لان التجا رة
مبادلة المال بالمال والكتابة مبادلة المال بفك
الحجر في الحال ولا يعتق عبده لان العتق فوق الكتابة

وكل دين سببه اضاف صفقته وجب بتجارة كبيع
وشراء واجارة واستيجار او بما هو في معناها اي التجارة
كغرم دين وديعة وغصب وامانة جحدها وعقر وجب بوطي مشتراة
اي جارية مشتراة بعد الاستحقاق لانه لاستناده
الى الشرا الملحق به يتعلق برقبته خبر للمبتدا المقدم
ومعنى تعلق الدين برقبته انه يباع فيه الا ان يفدي
المولى ويقسم ثمنه بين الغرما بالحصص لتعلق حق الغرما
برقبته فصار كتعلقه بالتركة ويشترط البيع العبد
نفسه ان يكون مولاه حاضرا لان المولى هو الخصم
في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يشترط ذلك
لبيع العبد كسبه بل يشترط حضور العبد لان العبد هو
الخصم في كسبه وقال مالك والشافعي وزفر يتعلق
بكسبه لا برقبته لان رقبته ليست من كسبه فلا يباع فيه
كسائر اموال المولى وذلك ان رقبته ملك المولى فلا يتعلق
بها الدين الا بتعليقه ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه
في حق المولى بسبب العبد فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك ك
والمهر ونفقة الزوجة وبكسبه اي ويتعلق الدين
المذكور بكسب حصل من العبد قبل الدين او بعده وبما اتهب
له وقبله لا اي لا يتعلق الدين المذكور بكسبه وقبله
اي لا يتعلق الدين المذكور بما اخذه سيده منه قبل الدين
بكسب حصل من العبد قبل الدين او بعده وبما اتهب لانه
اخذه حين كان فارغا عن الحاجة فخلص له بمجرد
القبض وطولب العبد بما بقي من ديونه التي عليه
لا في الحال لانه ثابت في ذمته يستوفيه اهله
اذا قدر على ايفائه ولا يقدر على ذلك الا بعد عتقه

اذ لا

اذ لا يمكن بيعه ثانيا ولا استيفائه لان المشتري يتضرر
بذلك وللسيد اخذ غلة مثله اي مثل العبد مع وجود دين
على العبد اذ لو لم يكن ذلك الحجر عليه لا يحصل الكسب
وابا في بعد ما اخذ السيد للغرماء لعدم الضرورة
فيه وتقدم حقهم وينحجر العبد المأذون ان ابق
وعند مالك والشافعي واحمد وزفر لا ينحجر بالاباق
لانه لا ينافي ابتداء الاذن حتى لو اذن لعبده المحجور عليه
الآبق صح وجاز للعبد ان يتجر اذا بلغه الاذن فلا
ينافي دوامه ولنا ان العادة جرت بان المولى لا يرضى
بتصرف عبده الخارج عن طاعته فكان حجرا عليه
دلالة مع ان الاباق قد يمنع الاذن ابتداء عندنا على ما
ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ولو سلم
فالدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها او ان مات
سيده او ان جن مطبقا او ان لحق بدار الحرب مرتدا وان لم يعلم
به لان الاذن غير لازم وما يكون من التصرف غير
لازم يعطى لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام اهلية
الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون
وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى قسم ماله بين
ورثته او ان حجر سيده عليه بشرط ان يعلم هو اي
المأذون واكثر اهل سوقه اي سوق العبد لان اعلام
الكل قد يتعسر فيقام الاكثر مقام الكل كما في تبليغ
الرسالة من الرسل وقال مالك والشافعي واحمد
وبلا علمهما ايضا لان المولى تصرف في خالص حقه
فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا ان الحجر لو صح بدون
علمهم لحق الضرر بهم لتأخر حقهم الى ما بعد عتقه

لان دينه حين حجره لا يتعلق برقبته وكسبه وقد باعوا
منه على رجاء التعلق بهما وقيد بالاكثر لان المولى لو حجر
عليه بحضرة الاقل من اهل سوقه لم يصير محجورا عليه
والامة اي ويحجر الامة اي يستولدها سيدها وقالت
زفر لا يصير المأذون لها بالاستيلاد محجورا عليه وهو القياس
لان الاستيلاد لا يمنع الاذن ابتداء فان المولى اذا اذن لام
ولده جاز فكذا بقاء ووجه الاستحسان ان في الاستيلاد
المولى نهاه لاله على حجره عليها لان العادة جارية
بتحصين امهات الاولاد وعدم رضا مواليهن باختلاطهن
بالرجال في المعاملة والتجارة ودلالة الحجر كصريحه
وانما صح الاذن لام الولد لان الدلالة لا اعتبار لها مع
التصريح بخلافها قيد بالاستيلاد لان المأذون لها لا تصير
محجورا عليها بالتدبير اذ لا عادة بتحصين المدبرة
فلم يوجد دلالة الحجر فتبقى على ما كانت وضمن سيدها
قيمتها للغرماء لانه اتلف محلا تعلق به حق الغرماء
لانها باستيلادها امتنع بيعها وببيعها يوفى حق
غرمائها ولو احاط دينه اي العبد ماله ورقبته لم يملك
سيده ما معه عند ابي حنيفة ولم يعتق اي لم ينفذ
عتق ما مع المأذون من العبيد باعتاقه اي باعتاق
سيد المأذون اذ لا عتق فيما لا يملكه المعتق وعندهما
وهو قول مالك والشافعي واحمد يملك ما معه فينفذ
اعتاقه لعبيده ويغرم قيمة ما اعتقه للغرماء لانه
ملك المأذون فيملك كسبه لان ملك الرقبة سبب لملك
كسبها واستغراقها بالدين لا يوجب خروج المأذون
عن ملكه ولابي حنيفة ان ملك المولى انما يثبت في كسب

العبد

العبد المأذون خلافة عند فراغه عن حاجته كملك
الوارث والمأذون المشغول بالدين مشغول كسبه
بحاجته فلا يخلفه المولى فيه بخلاف رقبته لان المولى لا
يخلفه في ملكها لانه كان مالكا لها قبل الاذن فاستمر
فبقي ملكه بعد الدين على ما كان قبله وبيع المأذون
المديون من سيده بالقيمة لا باقل منها لما فيه من التهمة
بخلاف ما اذا باع من الاجنبي باقل حيث يجوز عند ابي
حنيفة اذ لا تهمة فيه وقال ابو يوسف ومحمد ان باع
من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن ولكن يخير المولى
بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع لان في تنفيذه
بدون ذلك ابطال حق الغرماء في المالية بخلاف البيع
من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر
المشتري بازالته وبيع سيده منه اي من المأذون
المديون بمثل القيمة او باقل لان المولى اجنبي من
كسبه عند ابي حنيفة فيصح كما في الاجنبي وعندهما
جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان باع سيده
منه باكثر من القيمة نقص البيع الفضل
لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء وبطل ثمنه اي ثمن
المبيع ان سلم المولى مبيعه قبل قبضه اي قبض السيد
الثمن وهو الدراهم والدنانير وقيد به لان المبيع لو كان
عرضا لكان المولى احق به من الغرماء اتفاقا وله اي للمولى
حبس مبيعه بثمنه اي لاجل ثمن مبيعه حتى يستوفيه
من المأذون وصح اعتاقه اي اعتاق السيد عبده
المأذون حال كونه مديونا لقيام ملكه فيه ~~ولو اشترى~~
~~العبد وباع ساكتا عن اذنه وحجره~~ وما بقي من الدين

وضمن سيده للغرماء الاقل من
قيمته ومن دينه ح
صح

بطالب المأذون به بعد عتقه ولو اشترى العبد
وباع ساكتا عن اذنه وحجر فهو مأذون وهذا
استحسان والقياس ان لا يكون مأذونا لان سكوته
محتمل للاذن وغيره ووجه الاستحسان ان الظاهر
انه مأذون لوجوب حمل حال المسلمين على الصلاح ما
امكن والظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن
العباد وعند مالك والشافعي واحمد لا يصدق اخباره
بكونه مأذونا الا عند الشافعي في الاظهر ولا يباع هذا
الذي اشترى وباع ساكتا لدينه اي لاجل ما عليه
من الدين الا اذا اقر سيده باذنه لظهور الدين حينئذ
في حق سيده باقراره ولو قال سيده هو محجور عليه كان
القول قوله فلا يباع لدينه الا اذا اثبت الغرماء بالبينة
انه غير محجور عليه وتصرف الصبي والمعتوه ان نفع كا
كالاسلام والاتهاب اي قبول الهبة صح بلا اذن
من وليه اكتفاء بالاهلية القاصرة وان ضر تصرفه كا
لطلاق والعتق لا يصح وان اذن وليه لاشتراط
الاهلية الكاملة واما ما في الهداية من قوله عليه السلام
لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق فغير معروف
وما نفع وضر كالبيع والشراء علق باذن وليه دفعا
للضرر بانضمام رأيه فان دفع بغير اذنه لم يصح وان
رفع دفع باذنه صح بشرط ان يعقد البيع سالبا للملك
والشراء جالبا له وقال مالك والشافعي واحمد لا ينفذ تصرفه
باذن وليه لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله
حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم حيث شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم

في

في هذه الاية وكني عن الدفع الى السفهاء في الاولى والصبي
سفيه وليس ببالغ والبالغ المعتوه ليس برشيد ولنا
قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح
امر بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار وذلك بالاذن
في التجارة وليه اي ولي الصبي وكذا المعتوه ابوه ثم
وصيه بعد موته ثم القاضي او وصيه وهو
الذي امره بالتصرف في مال اليتيم ولو في حياته
فايهما تصرف صح عند عدم الاب والجد واوصيائهما

كتاب الوصايا هي الوصية ايجاب

اي تمليك شيء بعد الموت لكن بطريق التبرع عينا كان
ذلك الشيء او منفعة وهي اذا كان على الموصي حق لله تعالى
كالزكاة والصيام والحج والصلاة واجبة ولا فمستحبة
والقياس ان لا يجوز لانها تمليك مضاف الى حال زوال
الملك ولو اضاف احد التمليكين الى حال قيام الملك بان
قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا ان الشارع
اجازها لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملة
في طول اجله ومقصر في عمله فاذا عرض له عارض فخاف
الهلاك احتاج الى تلافي ما فاته بماله على وجه لو تحقق
ما يخافه يحصل حسن ماله وجوز ان يبقى الملك بعد
موت المالك باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين
وقد نطق بها الكتاب والسنة وانعقد عليها اجماع
الامة ثم هي واجبة على المديون بما عليه سواء كان حقا
لله كالزكوة والحج او حقا للعباد كالديون والاعيان
المغصوبة وندبت الوصية باقل من الثلث عند
غنى ورثته او استغنائهم بحصتهم لان فعلها

حينئذ صدقة على الاجنبي وتركها هبة من القريب والصدقة
أولى لانها يبتغى بها رضى الخالق وبالهبة رضى المخلوق
وقيل بالتخيير لاشتماله كل منهما على فضيلة هي الصدقة
او الصلة **كتركها بلا احدهما** اي كما ندب ترك الوصية
عند عدم كل من غنى الورثة او استغنائهم بما يرثون لما
فيه من الصدقة على القريب ولان فيه رعاية لحق الفقرا
والقرابة جميعا **وصحت** الوصية **للحمل** لانه يصلح ان
خليفة عن الميت في الوارثة فكذا في الوصية لانها اختها
غير انها ترتد لما فيها من معنى التمليك **وبه** اي وصحت
الوصية بالحمل ايضا لانه يجري فيه الارث فيجري فيه الوصية
لانها اخته لكن **ان ولدت** الحامل بالموصى له او به **لاقل**
من مدته اي مدة الحمل وهي ستة اشهر **من وقتها** اي
وقت الوصية ولا يخفى الفرق بين اقل مدة الحمل وبين الاقل
من مدته **وهي** الضمير للوصية والعطف على المستتر في
صحت اي وصحت الوصية **والاستثنا في وصية بامة**
الا حملها يعني ان من اوصى بامة واستثنى حملها
صحت وصيته واستثناؤه لان الحمل يجوز افراده بالوصية
فيجوز استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد عقد عليه
جاز افراده منه **ومن المسلم** عطف على للحمل اي وصحت
الوصية من المسلم للذمي **وبعكسه** وهو الوصية من الذمي
للمسلم لانه بعقد الذمة التحق بالمسلمين في المعاملات
ولهذا جاز التبرع المتحقق من الجانبين في حال الحياة
فكذا المضاف الى ما بعد الممات وكذا المستامن في حكم
الذمي بخلاف الحربي على ان فيه خلافا ايضا والمعتمد عدم
صحة الوصية في الجامع الصغير ان الوصية باطلة لاهل

الحرب

397

الحرب لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا
اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا
على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون
فالاية الاولى تدل على صحة جواز الوصية للذمي والاية
الاخيرة تدل على بطلان الوصية للحربي **بالثلث** اي
وصحت الوصية بالثلث **للاجنبي** ولو لم تجز الورثة
لما اخرجه ابن ماجه في سننه عن طلحة بن عمرو المكي
عن عطا ابن ابي رباح عن ابي هريرة قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم
بثلث اموالكم زيادة لكم في اعمالكم وكذا رواه البزار
في مسنده ورواه الدارقطني عن معاذ بن جبل عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال ان الله تصدق عليكم بثلث
اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم
زيادة في اعمالكم وعليه اجماع الامة **لا باكثر منه** اي
ولا تصح الوصية للاجنبي باكثر من الثلث لقوله عليه
السلام في حديث سعد بن ابي وقاص انه قال مرضت
عام الفتح مرضا اشفيت على الموت فاتاني رسول
الله صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول
الله ان لي مالا كثيرا واما يرثني ابنتي افاوصي بمالي كله
قال لا قلت فبالثلثين قال لا قلت فبالنصف قال
لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير رواه
اصحاب الكتب الستة الثلث والثلث كثير **ولا لوارثه**
لما اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجه عن اسماعيل

ابن عياش عن شرحبيل ابن مسلم عن ابي امامة ان
النبي صلى الله عليه وسلم خطب فقال ان الله قد
اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث قال الترمذي
اي حديث حسن صحيح واخرجه ايضا الترمذي
والنسائي وابن ماجه عن قتادة عن شهر بن حوشب
عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال الترمذي حديث حسن
صحيح ويروى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال لا وصية لوارث الا ان يشاء الورثة ويعتبر
كونه وارثا وقت الموت لا وقت الوصية وقاتله اي
ولا يصح وصية الشخص لقاتله مباشرة عمدا كان القتل
او خطأ لما يحرم القاتل الوارث لانه ليس بقتل حقيقة
الا باجازة ورثته سنشا من المنفيات
الثلاث لان امتناع الوصية فيهما انما هو لحق الورثة
ولا يصح الوصية من صبي وعند مالك والشافعي واحمد
يصح منه في وجوه الخير اذا كان مميزا لما في الموطا انه
قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما لم يحتلم من
غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس ههنا الا ابنة
عم له فقال فليوص لها فاوصى لها بمال يقال له بير جشم قال
فبيعت بثلاثين الف درهم ولنا انها تبرع فلا يصح
منه كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله فيما
ينفعه دون ما يضره وتمليك المال بطريق التبرع
فيه ضرر باعتبار اصل الوضع والحال وان اتفق
نافعا باعتبار المآل والاستقبال ولا مدبر مكاتب وان
ترك وفاء لانه ليس من اهل التبرع وقدم عليهما الدين عليها

اي

اي على الوصية لانه اهم منها لكونه واجبا وحقا
للعبد وهي تبرع ان لم تكن بواجب من صلاة او زكوة
او صوم او حج وحق لله ان كانت وحق العبد لفقرائهم
بالوفاء من حق الله لغناه وتقبل الوصية بعد
موته اي موت الموصي وبطل قبولها وردها في حياته
لان ثبوت حكم الوصية بعد موت الموصي فلا يعتبر
قبولها ولا ردها قبله كما لا يعتبران قبلها وبه اي
بالقبول يملك الوصية وان لم يقبضه وقال زفر
يملك بدون القبول كالميراث الا اذا مات موصيه
ثم مات هو اي الموصى له بلا قبول فان الموصى
به يدخل في ملك الموصى له من غير وجود قبول منه
فهو اي الموصى لورثته اي ورثة الموصى له وعند
مالك والشافعي واحمد ورثة الموصى له كهو في القبول
والرد وله اي للموصي ان يرجع عنها لانها تبرع
فجاز الرجوع عنها كما في الهبة قبل القبض بقول صريح
كان يقول رجعت عن الوصية او فعل عطف
على قول اي للموصي ان يرجع عن الوصية بفعل يقطع
حق المالك كما غصب منه كما مر في الغصب
من ان اتخاذ الغاصب الحديد سيفا او الصفر انا
فينقطع حق المالك عن الحديد والصفر لان الفعل
اذا اثر في قطع ملك المالك فلان يؤثر في المنع اولى
وكذا اذا اخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه
او يزيد عطف على يقطع اي او بفعل يزيد
في الموصى به ما يمنع تسليمه اي الموصى به الا به اي
بما يمنع كلت السويق الموصى به بسمن والبناء في الدار

الموصى بهما او نقص عطف على فعل يزيل ملكه اي
ملك الموصي عن الموصى به كالبيع بان باع العين الموصى
بها والهبة بان وهبها لان الوصية لا تنفذ الا في ملك
الموصي فاذا ازاله كان رجوعا لا بغسل ثوب اي لا يرجع
الموصي بغسله ثوب الوصية عن وصيته لان العادة جرت
بان من اراد ان يعطي ثوبه لغيره يغسله فكان
يعظم له ولا بجحودها اي ولا يرجع الموصي بجحود الوصية
كذا ذكره محمد في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه
يرجع فمنهم من قال ما في المبسوط محمول على ان الرجوع
كان في حضرة الموصى له وما في الجامع محمول على ان
الرجوع كان في غيبته ومنهم من قال ما في الجامع
قول محمد وما في المبسوط قول ابي حنيفة وابي يوسف
وهو الصحيح وفي عيون المذاهب وبه يفتى وهو
قول مالك والشافعي واحمد وتبطل هبة المريض لامرأة
نكحها بعد الهبة ووصيته اي المريض لمن اي لامرأة
نكحها المريض بعدها اي بعد الوصية لان كلا
منهما وصية للمريض لوارثه وحكم الهبة المنجزة الصادرة
من المريض حكم الوصية لانها وصية حكما الا ترى انها
تنفذ من الثلث وتبطل بالدين المستغرق وحكم
الوصية انما تثبت بعد الموت لان تمليك مضاف
الى ما بعد الموت كاقراره اي كبطلان اقرار
المريض وبطلان وصية وبطلان هبة لابنه حال
كون الابن كافرا او حال كونه عبدا ان اسلم الابن
الكافر او عتق الابن العبد بعد ذلك الاقرار والوصية
والهبة وهبة مقعد ومفلوج واشل ومسلول بالسين

المهملة وهو الذي به مرض السل وهو بالكسر
والضم قرحة تحدث في الرئة اما تعقب ذات الرئة
او ذات الجنب او زكام ونوازل او سعال طويل ويلزمها
حمى هاوية من كل ماله ان طال مدته ولم يخف موته من هذه
الاشيا لانها حينئذ تصير طبعا له ولهذا لا يشتغل
بتداويها والا اي وان لم تطل مدته وخيف موته
منها ومات فمن ثلثه لانها في ابتدائها يخاف
الموت ولهذا يتداوى منها فيكون مرض الموت
والوصايا المبتلى بها صاحب مرض بعد التطاول
فهو كمرض حادث حتى يعتبر تبرعاته من الثلث
وان اجتمع الوصايا وضاق عنها الثلث قدم الفرض
وان اخره الموصي عن غيره لانه اهم فان تساوت قوة
قدم ما قدم الموصي لان الظاهر من حال الانسان
ان يبدا بما هو اهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت
بالنص ولو نص على تقديم ما بدا به لزم تقديمه فكذا
هنا واما لو تساوت رتبة وتفاوتت قوة تقدم
الاقوى فتقدم الزكوة على الحج لتعلق حق العبد
بها في التقبض بها فكانت مرجحا بالحقين وعن ابي
يوسف وهو قول محمد يقدم الحج عليها لانه يقام
بالمال والبدن وهي بالمال فقط وتقدم الزكوة
والحج على الكفارة لانه جاء فيهما من الوعيد ما لم يات
فيها قال تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين
وقال والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها
في سبيل الله فبشرهم بعذاب اليم وتقدم كفارة
القتل والظهار واليمين على صدقة الفطر على الاضحية

وتقدم كفارة القتل على كفارة الظهار لانها اكثر
تغليظا منهما الا ترى ان الاسلام شرط في التحرير
عنهما دونهما وتقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار
لانها لهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار
لايجاب العبد حرمة على نفسه والنذر يقدم على
الاضحية لان النذر ثابت بالكتاب دونها واذا اوصى
المريض بحج اي فرض احج الوصي عنه راكبا من بلده ان
بلغ نفقته ذلك اي الاحجاج من بلده راكبا لان
الواجب على الموصي ان يحج من بلده راكبا اذا لم يلزمه المشي
عندنا وان قدر عليه فيجب الاحجاج عنه على الوجه
الذي لزمه والا اي وان لم يبلغ نفقته ذلك لان مقصود
الموصي تنفيذ الوصية الاحجاج من بلده راكبا فمن
حيث اي فيحج عنه من مكان تبلغ نفقته ذلك
لانه مقصود الموصي فتنفيذ الوصية وقد امكن
على هذا الوجه فان مات حاج اي مريد الحج في طريقه
واوصى بالحج عنه يحج عنه من بلده فان احجوا عنه من موضع
اخر فان كان اقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان
كان ابعد لم يضمنوا لانهم في الاول لم يحصلوا مقصود
الموصي ورعاية حقه بصفة الكمال والملائمة
يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق
لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض
قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ
من مكان الموت كانه من اهله بخلاف سفر التجارة

لانه

لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده اتفاقا ولابي
حنيفة ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده اداء للواجب
على الوجه الذي وجب وفي وصيته اي الموصي بثلث
ماله لزيد وسدسه لآخر ولم يجيزوا اي الورثة
يثلث اي يجعل الثلث ثلاثة اسهم فيعطى منها
صاحب السدس واحدا وصاحب الثلث اثنين
لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح وقد ضاق
الثلث عنهما فيقسم بينهما على قدر
حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فيصير
الثلث ثلاثة اسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب
الاكثر وبثلثه عطف على بثلث ماله اي وفي
وصية الموصي بثلث ماله لزيد وكله لآخر بنصف
اي يجعل الثلث نصفين وقالا يربع اي يجعل
الثلث اربعة ويعطى صاحب الثلث ربعا منه
وصاحب الكل الثلاثة الارباع ولا يضرب الموصى
له باكثر من الثلث عند ابي حنيفة وقالا
مطلقا كمالك والشافعي في شرح الوقاية المراد بالضرب
الضرب المصطلح بين الحساب فاذا اوصى بالثلث
والكل فعند ابي حنيفة سهام الوصية اثنان لكل
واحد نصف فيضرب النصف في ثلث المال والنصف
في الثلث يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل
سدس المال وعندهما سهام الوصية اربعة وللواحد
من الاربعة ربع فيضرب الربع في ثلث المال
والربع في الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب
الكل ثلاثة من الاربعة وهي ثلاثة ارباع الثلث

فيضرب ثلاثة الارباع في الثلث يعني ثلاثة ارباع
الثلث ولصاحب الثلث واحد من اربعة فيضرب الواحد
في الثلث وهو الربع يعني ربع الثلث فهذا الضرب
وقد تحير فيه كثير من العلماء **الا في المحاباة** فان الموصى
له يضرب فيها بالاكثر من الثلث **وكذا في السعاية**
والدراهم المرسلة اي غير المقيدة بانها
ثلث او نصف او نحوهما **وصورة** المحاباة ان يكون
لرجل عبدان قيمة احدهما ثلاثون والاخر ستون فاوصى
بان يباع الاول من زيد بعشرة والاخر من عمرو بعشرين
ولا مال له سواهما فالوصية في حق زيد بعشرين [illegible]
وصية وفي حق عمرو باربعين فيقسم الثلث بينهما
اثلاثا فيباع الاول من زيد بعشرين والعشرة وصية
له ويباع الثاني من عمرو باربعين والعشرون وصية
له فاخذ عمرو من الثلث بقدر وصيته وان كانت زائدة
على الثلث **وصورة** السعاية عتق عبدين قيمتهما
ما ذكر ولا مال له سواهما فالوصية للاول بثلث المال
وللثاني بثلثي المال فسهام الوصية بينهما اثلاث
واحد الاول واثنان للثاني فيقسم الثلث بينهما
كذلك فيعتق من الاول ثلثه وهو عشرة ويسعى في
عشرين ويعتق من الثاني ثلثه وهو على الثلث وصورة
الدراهم المرسلة عشرون ويسعى في اربعين فيضرب
كل بقدر وصيته وان كان زائدا بستين درهما ومال له تسعون
يضرب كل بقدر وصيته فيضرب للاول الثلث في ثلث
المال وللثاني الثلثين في ثلث المال ولو اوصى لرجل بجزء
من ماله بينه الورثة لانهم قائمون مقام الموصي فالبيهم

على الثلث وصورة
الدراهم المرسلة اوصى
لزيد بثلاثين درهما
والاخر صح

البيان

البيان وجهالة الموصى به لا تمنع صحة الوصية ولو اوصى
بسهم استحق اقل سهام الورثة وذلك الاقل على السدس
في رواية الاصل عن ابي حنيفة اذا كان اخس السهام
اكثر من السدس ولم يجز الزيادة عليه وعلى رواية الجامع
جواز الزيادة على السدس ولم يجز النقصان عنه
وهما لم يزيد الا على الثلث ان زاد اخس السهام لان
السهم اسم لمقدر مجهول لا كالجزء فلا معنى لتقديره
بالسدس وانما جعلناه عبارة عن نصيب احد الورثة
لان ما يصيب احد الشركاء عند القسمة يسمى سهما وانما
صرف الى الاخس لانه متيقن الا اذا زاد على الثلث فيرد
اليه لان الوصية باكثر من الثلث لا تصح عند عدم الاجازة
وله ما روى البزار في مسنده والطبراني في معجمه الاوسط
عن محمد بن عبيد الله العرزمي عن ابي قيس عن هذيل
ابن شرحبيل عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من
ماله فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم السدس قال
البزار وهذا حديث لا نعلمه روي عن النبي صلى الله
عليه وسلم الا من هذا الوجه وابو قيس ليس بالقوي
وذكره عبد الحق في احكامه من جهة البزار وقال العرزمي
متروك وابو قيس له احاديث يخالف فيها وقال اياس
ابن معاوية السهم في كلام العرب السدس قلت اذا كان
السهم في اللغة السدس وقد ورد الحديث به ولو كان
ضعيفا فهو مقدم على الراوي والله اعلم **ووصية بمثل نصيب**
ابنه صحت ووصية بنصيبه اي بنصيب ابنه **لا**
اي لا تصح وقال زفر تصح **والعبرة بحال العقد في**
التصرف المنجز وهو ما اوجب حكمه في الحال **فان كان**

وَاقعاً في الصحة فمن كل ماله وَالا اي وان لم يكن واقعاً
في الصحة بل كان واقعاً في مرض الموت فمن ثلثه اي ثلث
ماله وفي شرح الوقاية والمراد التصرف الذي انشاء ويكون
فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين في المرض ينفذ
من كل المال والنكاح في المرض بمهر المثل ينفذ من كل المال
والتصرف المضاف الى موته اي موت المتصرف من الثلث
وان كان التصرف واقعاً في الصحة ومرض هذا مبتدا اصح الموصي
منه صفته وخبره كالصحة حتى ان تصرفاته المنجزة
فيه يكون من كل ماله لانه تبين انه لا حق لاحد
في ماله واعتاقه مبتدا اي اعتاق المريض في مرض الموت عبدا
له ومحاباته اي بيعه بنقصان كثيرا وشراوه بزيادة
كثيرة وهبته وضمانه وصية خبر اي كالوصية في انها تعتبر
من الثلث ويضرب بها مع اصحاب الوصايا ولا يريد حقيقة
الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذه الاشياء منجزة قبله
وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار
محجورا عليه في الزائد على الثلث ونفذ اي اعتبر الضمان ظاهر
واما في الزمان فلان المريض تبرع ابتداء بايجابه على نفسه
فيتهم فيه كما في الهبة فصل جاره من لصق به اي
اذا اوصى لجاره صرف الى الملاصق لداره فانه هو المستعمل
عرفا وشرعا وهذا عند ابي حنيفة وزفر وهو القياس
وعندهما الى من يسكن محلته ويجتمع معه في مسجدها لانه
جار شرعا قال صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد
الا في المسجد رواه الدارقطني عن جابر وعن ابي هريرة
والحاكم في مستدركه وسكت عنه وقال ابن حزم هو صحيح
عن علي والمعنى لا صلاة كاملة وقال احمد لا صلاة صحيحة

وتفسير

وتفسير الجار بكل من سمع من النداء ثم يدخل فيه الجار الساكن
والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي ويدخل فيها الارملة
لان سكناها مضاف اليها ولا يدخل التي لها زوج
لان سكناها مضاف الى زوجها وهي تبع له فلم تكن جارا
حقيقة وصهره كل ذي رحم محرم من عرسه اي امراته
وهذا التفسير للصهر اختيار محمد وابي عبيدة وكذا
كل ذي رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة ابيه وزوجة
كل ذي رحم محرم منه صهر وقال الحلواني ابو المراة وامها
ولا يسمى غيرهما صهرا والاول هو الصحيح لما في مسند
احمد والبزار وابن راهويه عن عايشة قالت اصاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم نساء بني المصطلق
فاخرج الخمس منه ثم قسمه بين الناس فاعطى الفارس
سهمين والراجل سهما فوقعت جويرية بنت الحارث
في سهم ثابت بن قيس بن شماس الانصاري فكاتبها
على نفسها على تسع اواق من ذهب الحديث قالت فدخلت
فسالت رسول الله في كتابتها فقالت يا رسول الله انا
امراة مسلمة اشهد ان لا اله وانك رسول الله وانا
جويرية بنت الحارث سيد قومه اصابني من الامر ما قد
علمت فوقعت في سهم ثابت بن قيس فكاتبني على ما لا
طاقة لي به وما اكرهني على ذلك الا اني رجوتك صلى الله
عليك فاعني في فكاكي فقال او خير من ذلك فقالت ما
هو قال اودي عنك كتابتك واتزوجك قالت نعم يا رسول
الله قال قد فعلت فاوى رسول الله صلى الله عليه
وسلم لما كان عليها من كتابتها وتزوجها فخرج الخبر
الى الناس فقالوا اصهار رسول الله صلى الله عليه

وسلم يسترقون فاعتقوا ما كان بايديهم من سبي بني
المصطلق مائة اهل بيت قالت عائشة فلا اعلم
امراة كانت على قومها اعظم بركة منها واما كونهما
صفة فوهم وانه صواب ما قدمناه **وختنه كل زوج**
ذات رحم محرم منه اي ازواج البنات والاخوات والعمات
والخالات وكذا كل ذي رحم محرم من ازواجهن وقيل
هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا الازواج المحارم هو
ويستوي فيه الحر والعبد **واهله** عند ابي حنيفة
عرسه وعندهما كل من يعوله ويتفق عليه غير
مماليكه اعتبارا للعرف ويؤيد قوله في واتوني
باهلكم اجمعين وقوله فنجيناه واهله الا امراته فان
المراد من في عياله ولابي حنيفة ان الاسم حقيقة
في الزوجة قال تعالى وسار باهله وقال لاهله امكثوا
وال الرجل اهل بيته فاذا اوصى لرجل لال له دخل في الوصية
كل من ينسب اليه من قبل ابائه الى اقصى اب له في
الاسلام والاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم
والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه
اولاد البنات ولا اولاد الاخوات ولا احد من قرابة
امه لانهم لا ينسبون اليه وانما ينسبون الى ابائهم
لان النسب يعتبر من الاباء **واقاربه** وذو قرابته واقرباؤه
وارحامه وانسابه **وذوو انسابه** هم عند ابي حنيفة
محرما فصاعدا من ذوي رحمه الاقرب غير الوالدين
والولد وعندهم من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام
وان لم يسلم ذلك الاقصى بعد ان ادرك الاسلام او ان اسلم
على اختلاف المشايخ وفائدة هذا الاختلاف تظهر في مثل ابي

طالب

طالب وعلي رضي الله عنه اذا وقعت الوصية لاحد
من اقرباء علي فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفها الى
اولاد ابي طالب ومن شرط الاسلام صرفها الى اولاد
علي لا غير ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاتفاق لانه
لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول الكل ولابي
حنيفة ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر
الاقرب فالاقرب فكذا في اخته والقصد من هذه
الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو
يختص بذي الرحم المحرم واما قرابة الولاد فلا يسمون
اقرباء بعادة الا ترى الى عطف القريب على الوالدين
في قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والعطف
يقتضي المغايرة ويدخل الجد والجدة وولد الولد في
ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وعن ابي يوسف
لا يدخلون قيد بالمحرم لانه لو انعدم بطلت الوصية
وقيد بالاثنين فصاعدا لان الواحد لا ياخذ عنده
لان المذكور لفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى
فصاعدا فكذا في الوصية ويستوي الحر والعبد والمسلم
والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين
وفي ولد زيد اي وفي الوصية لولد زيد **الذكر والانثى سواء**
لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شيء
يقتضي التفضيل **وفي ورثته** اي وفي الوصية لورثة
زيد ياخذ ذكر **كانثيين** لان الورثة مشتقة من الوراثة
وبناء الحكم على المشتق يشعر بان ماخذ الاشتقاق
علة لذلك الحكم والوراثة بين الاولاد والاخوة للذكر
مثل حظ الانثيين فكذا الوصية **وفي بني فلان ياخذ**

الاناث منهم في قول ابي حنيفة الاول وهو قولهما لان
جمع الذكور يتناول الاناث فاذ نقابي وان كانوا
اخوة رجالا ونساء ثم رجع وقال ياخذ الذكور خاصة
لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث
تجوز والكلام بحقيقته وهذا الخلاف بنوا فلان اسم
قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه لا يراد
اعيانهم بل مجرد انتسابهم كبني ادم ولذا يدخل فيه مولى
العتاقة ومولى الموالاة وحلفاؤهم **وبطلت الوصية
لمواليه مطلقا ممن له معتقون ومعتقون** لان لفظ
المولى مشترك بينهما فلا ينتظمهما في موضع الاثبات
ولا قرينة تدل على احدهما بخلاف ما لو حلف لا يكلم موالي
فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه في مقام
النفي ولا تنافي فيه وقيل يكون لهما وهو رواية عن
ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول الشافعي وزفر
وقيل جعلها ابو يوسف للاعلى لان شكر الانعام
واجب وفعل الانعام مندوب فصار صرف الوصية
الى اداء الواجب اولى وقيل جعلها للادنى لانه محل
الحاجة غالبا فهو اولى **وصحت الوصية بخدمة عبده
وسكنى داره مدة معينة كسنة وابدا** لان المنافع
يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغيره فكذا في
حالة الممات كما في الاعيان ويكون كل من العبد والدار
محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها
الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف
على حكم ملك الواقف **وصحت الوصية بغلتهما** اي العبد
والدار **فان خرجت الرقبة** اي رقبة العبد او الدار من

الثلث

الثلث اي ثلث التركة **سلمت اليه** اي اعطيت للموصى
له لان حقه في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه **والا** اي
وان لم تخرج الرقبة من الثلث **قسمت الدار قسمة الاجزاء**
اثلاثا **وتهايئا في العبد** اي اقتسموه قسمة مهاياة
فيخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين وانما تتعين
تهايئوا في العبد لانه لا يمكن القسمة فيه بالاجزاء لانه
لا يتجزى فصير الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الدار
فان القسمة فيها بالاجزاء ممكنة وهي اعدل من قسمة
التهايؤ لما فيها من التسوية بين المتقاسمين زمانا
وذاتا وفي التهايؤ من تقديم احدهما على الاخر زمانا
ولو اقتسموا الدار مهاياة جاز لان الحق لهم الا ان الاول
اولى لكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم
من ثلثي الدار لان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع
الدار بان يظهر للميت مال اخر ويخرج الدار من الثلث
وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده
وبيع الورثة ما في ايديهم من الثلثين يتضمن ابطال
ذلك فيمنعون منه **وبموته** اي الموصى له **في حياة موصيه
تبطل** الوصية لانها تمليك الموصي بعد موته الموصى به
للموصى له ولا يتصور تملك الموصى له وهو ميت **وبموته**
اي الموصى له **بعد موته** اي الموصي **يعود** كل من العبد
الموصى بخدمته والدار الموصى بسكناها **الى الورثة**
لان الموصي اوجب للموصى له ان يستوفي المنافع على
حكم ملكه فلو انتقل الاستيفاء الى وارث الموصى له لاستحق
ذلك ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذلك لا يجوز وفي

الوصية بثمرة بستانه ان مات الموصي وفيه ثمرة جملة
حالية له للموصى له هذه الثمرة التي فيه فقط اي وليس
له ما حدث بعد بقاوان ضم في الوصية كلمة ابدا فله
هذه اي الثمرة التي في البستان وما يحدث فيه من الثمر
فيما يستقبل مدة حياة الموصى له كما في غلة بستانه
فان من اوصى بغلة بستانه يكون للموصى له الغلة
الموجودة والتي توجد مدة حياة الموصى له وان لم يقل
ابدا والفرق ان الثمرة في العرف اسم للموجود فلا
تتناول التي ستوجد لانها معدومة الا بدلالة زايدة
مثل التنصيص على التابيد والغلة في العرف تنتظم
وما يوجد مرة بعد اخرى يقال فلان ياكل من غلة
بستانه وغلة ارضه والمراد مما وجد ومما يوجد فاذا اطلقت
تتناولهما تناولا غير موقوف على دلالة اخرى واما
نال فيه ثمرة لان البستان لو لم يكن كذلك والمسالة
بحالها تناولت الثمرة ما كان موجودا وما يوجد
ما عاش الموصى له كمسالة الغلة وذلك لان الثمرة
تنتظم الموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم الا مجازا
فاذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي كان لفظ
الثمرة مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم
يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما
الا انه اذا ذكر لفظ الابد تناولهما عملا بعموم المجاز
لا جمعا بين الحقيقة والمجاز وفي الوصية بصوف غنمه
وولدها ولبنها له تقديم الجار والمجرور خبر مقدم اي
للموصى له ما في وقت موته اي موت الموصي وليس له ما
يحدث بعده سواء ضم الموصي كلمة ابدا او لا لان الوصية

ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشيا عنده
وتورث بيعة وكنيسة جعلتا في الصحة اي اذا اصنع
ذمي في صحته داره بيعة او كنيسة ومات فانها تورث
عنه اما عند ابي حنيفة فلانه بمنزلة الوقف وهو
عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا واما عندهما فلان
هذا معصية فلا يصح وان كان قربة في معتقدهم
فيورث واستشكل قول ابي حنيفة بان هذا عندهم
كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد
فيكون الذمي في البيعة والكنيسة كذلك واجيب
بان المسجد محرز عن حقوق الناس خالص لله
تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم لانهم يسكنونها
ويدفنون فيها موتاهم فلم تكن محرزة عن حقوقهم
فكان الملك للذمي فيها ثابتا والمسجد اذا كان غير
محرز عن حقوق المسلمين يورث ويصح وصية
الذمي بما هو قربة في الملتين كالوصية للفقراء او للما كين
ولاسراج بيت المقدس ونحوه والوصية بجعل احديهما
تصح اي وصية الذمي ببناء داره بيعة او كنيسة
صحيحة وهذا بالاتفاق ان اوصى بذلك لقوم مسمين
واما ان اوصى به لقوم غير مسمين فعند ابي حنيفة
يصح وعندهما لا يصح ولو اوصى بالكراع في سبيل الله
ولم يعينه لاحد فالوصية باطلة عند ابي حنيفة
لان هذه الوصية في معنى الوقف وهو غير جائز
في المنقول عنده وان اضيف الى ما بعد الموت
وجعلاه وقفا في يد الامام كما مر في كتاب الوقف
من حبس خالد كراعه واعتده في سبيل الله ولو

اوصى بثلث ماله في سبيل الله يجعله ابو يوسف
بمنقطع الغزاة لسبقه الى الفهم عرفا وزاد محمد منقطع
الحاج لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الحج
من سبيل الله واجاز محمد الوصية للمسجد وان لم يذكر
الانفاق عليه لان المراد منها الانفاق على مصالحه
وشرط الصحتها ذكر الانفاق عليه لانه ليس باهل
للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف
على مصالحه تصحيحا لكلامه ولو اوصى للعلما استحقها
الفقها واهل التفسير والحديث قيل واهل الكلام
لا المغربون والادبا والمعبرون والاطبا لقوله
عليه السلام العلم ثلاثة آية محكمة او سنة قائمة
او فريضة عادلة وما سوى ذلك فهو فضل رواه ابو
داود وابن ماجة ولو اوصى للعقلا استحقها زهاد
العلما لانهم في الحقيقة العقلا لتركهم الفاني وميلهم
في الباقي والله اعلم **فصل ومن اوصى الى**
زيد فقبل زيد عنده اي في حضوره **فان رد** زيد الايصا
عنده اي في حضور الموصي بعد قبوله **رد** اي صح رده
لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور
في رده بحضوره لان الموصي متمكن من ان يختار
غيره **والا** اي وان لم يرد زيد الايصا في حضرة الموصي
بل رد في غيبته **لا** اي لا يصح الرد لان الميت مضى
بسبيله معتمدا عليه فلو صح رد الموصى اليه في غيبته
في حياته او بعد مماته كان مغرورا من جهته فرد
رده **فان سكت** الموصى اليه فلم يقبل ولم يرد **ثم مات**
موصيه فله اي للموصى اليه **رده** اي رد الايصا **وضده**

اي

اي ضد رد الايصا وهو قبول الايصا لانا الموصي ليس
له ولاية الالزام للموصى اليه فبقي مخيرا **ولزم** الايصا
هذا الساكت **ببيع شيء** بان يبيع شيئا **من التركة** لان
في ذلك دلالة على الالتزام والقبول وهو معتبر
بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الموصي **وان**
جهل به اي بالايصا لان العلم ليس بشرط في حقه
بخلاف الوكيل **فان رد** هذا الساكت **بعد موته**
اي موت الموصي بان قال لا اقبل **ثم قبل** بعد رده بان
قال قبلت **صح** قبوله لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل
الايصا لان في ابطاله ضرر بالميت **الا اذا نفذ قاضي**
رده بان حكم باخراجه عن الوصاية لانه رده تاكد
بحكم القاضي وتقوى به **والى عبد** اي ومن اوصى الى عبد
او كافر او فاسق بدله القاضي لغيره فان هذه الوصية
باطلة على ما ذكره محمد وعبارة القدوري اخرجهم
القاضي عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة
لان الاخراج انما يكون بعد الدخول ومن اوصى **الى عبده**
اي جعل عبده وصيا صح **ان كان ورثته صغارا** كلهم
وهذا عند ابي حنيفة استحسانا وقالا لا يصح وهو
القياس لان الرق ينافي الولاية ولابي حنيفة ان
لعبده من الشفقة ما لا يكون لغيره **والا** اي وان لم
يكن كلهم صغارا سوا كان كلهم كبارا او بعضهم **لا** اي
لا يصح الايصا لان للكبيرات يمنعه من ان يبيع نصيبه
صنى له ان يبيع نصيبه من العبد فيعجز عن الوفا
بما التزم من الوصاية فلا يفيد الايصا اليه فايدته
ومن اوصى الى عاجز عن القيام بها ضم اي ضم القاضي

البته غيره رعاية لحق الموصي والورثة ولو شكى الوصي الى
القاضي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي
قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ويبقي وصيا امين يقدر
على التصرف وليس للقاضي ان يخرجه عن الوصاية
لان الميت اختاره وارتضاه ولانه يقدم على الاب مع وفور
شفقته فاولى ان يقدم على غيره ولو شكى الورثة
او بعضهم الوصي الى القاضي لا ينبغي له ان يعزله لانه
استفاد الولاية من الميت الا اذا ظهر منه الخيانة
لزوال ما لاجله جعله الميت وصيا ومن اوصى الى اثنين
لا ينفرد احدهما بالتصرف في تركته عند ابي حنيفة
ومحمد الا بشراء كفنه وتجهيزه لان في تاخيره ذلك
فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك في الحضر
والرفقة في السفر والخصومة في حقوقه لان الاجتماع
فيها متعذر وكذا ينفرد بها احد الوكيلين وقضاء
دينه وطلبه لانه ليس من باب الولاية بل من باب
الاعانة بخلاف اقتضاء دينه وهو قبضه لان الميت
ارتضى بامانتهما جميعا وشراء حاجة الطفل الموصى
عليه من طعام وكسوة لان في تاخيره الى الاجتماع حر
يخاف ضرره جوعا وعريا والاتهاب له اي قبول
الهبة للطفل لان في تاخيره خوف الفوت واعتاق عبد
معين اي معين لانه لا يحتاج الى الراي بخلاف اعتاق
غير المعين ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين
لانه لا يحتاج فيهما الى الراي ولانهما من باب الاعانة
دون الولاية الا يرى ان صاحب ذلك يملكه اذا ظفر
به وجمع اموال للميت ضايعة اي على شرف الضياع

لان

لان في تاخيره افاته وبيع ما يخاف تلفه لان فيه ضرورة لا
يخفى وقال ابو يوسف ينفرد كل من الوصيين بالتصرف
في جميع الاشيا قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما
بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد
احدهما باتفاق ذكره الكاشاني وقيل الخلاف فيما اذا
اوصى اليهما بعقد واحد واما اذا اوصى الى كل بعقد على
حدة فينفرد احدهما بالتصرف اتفاقا ذكره الحلواني عن
الصفار قال ابو الليث وهو الاصح وجه ما خذ قيل
الخلاف في الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف
قال في المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما
متفرقا بعقد حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف
اتفاقا ثم اذا مات احدهما عوض القاضي بدلا عنه اتفاقا
ووصي الوصي وصي في ماله ومال موصيه اي في التركتين
وعند الشافعي واحمد في رواية لا يكون وصيا في تركة
الاول اعتبارا بالتوكيل في حال الحياة ولا يبيع وصي
مال الصغير من اجنبي ولا يشتري له منه الا بما
يتغابن الناس في مثله وهو ما فيه غبن يسير لقوله
تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن واما لو
اشترى شيا من مال اليتيم لنفسه او باع شيا من ماله
لليتيم جاز عند ابي حنيفة وفي احدى الروايتين
عن ابي يوسف اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة بان
يبيع من الصغير ما يساوي خمسة عشر بعشرة او
يشتري لنفسه من الصغير ما يساوي عشرة بخمسة عشر
وعلى قول محمد وهو ظاهر الروايتين عن ابي يوسف
لا يجوز على كل حال وبه قال مالك والشافعي اذ الواحد

لا يتولى طرفي البيع لامتناع كونه مطالبا ومطالبا وهذا في وصي
الاب لان وصي القاضي لا يجوز بيعه مال الصغير من
نفسه بكل حال اتفاقا ويجوز للاب بمثل القيمة كما
لاقتراض وابطله زفر لما تقدم ولنا ان الاب لكمال
ولايته ووفور شفقته وحاجة الصغير جعل كشخصين
فيتولى الطرفين وقال المتاخرون لا يجوز للوصي بيع عقار
الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري فيه
بضعف الثمن او للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر
الشهيد وبه يفتى **ويدفع الوصي ماله** اي الصغير
مضاربة ويأخذ ايضا مضاربة لكن بشرط الشهادة
على ذلك نفيا للتهمة اذ ليس فيها تمليك ماله **وشركة**
وبضاعة لقيامه مقام ابيه **ويحتال** اي يقبل الحوالة
على الاملى اي الاغنى من الغريم **لا على الاعسر** لان في
ذلك نظرا له ولاية الوصي نظرية ويأكل منه عند
اشتغاله بحاجته لقوله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل
بالمعروف **ولا يقرض** الوصي مال اليتيم وان اقرض ضمن
لانه لا يقدر على الاستخراج بخلاف القاضي والاب بمنزلة
الوصي في اصح الروايتين ويبيع الوصي **على الكبير الغائب**
كل شيء الا العقارات لم يكن عليه دين واما اذا كان
عليه دين فان كان مستغرقا للعقار باع الوصي العقار
كله باتفاق وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما
وعند ابي حنيفة له بيعه كله ولو خيف هلاك العقار
قيل تملك الوصي بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح
انه لا يملك لانه نادر **ولا يتجر** الوصي **في ماله** اي الصغير
لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة ويقدم وصي الاب

على

على الجد فان لم يوص الاب فالجد مقامه ولا يلي على مال
الطفل احد غيرهما **كتاب الخنثى هو مولود**
ذو فرج وذكر فان بال من ذكره فذكر وان بال من فرجه
فانثى لان البول من احدهما دليل على انه العضو الاصلي
الصحيح والاخر بمنزلة العيب **فان بال منهما حكم**
بالاسبق لان السبق دليل على ان محله هو العضو الاصلي
ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا
يعتبر بخروج البول من الة اخرى بعد ذلك **وان استويا**
بان لم يسبق احدهما الاخر سواء كان الخروج من احدهما
اكثر من الاخر او لم يكن **فمشكل** اي فهو خنثى مشكل
عند ابي حنيفة **ولا يعتبر عنده الكثرة** وقالا يعتبر
لان كثرة البول من احدهما علامة قوة ذلك العضو
وكونه اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول
الشرع فيترجح ذلك العضو بكثرة البول منه ولابي حنيفة
ان كثرة ما يخرج لا يدل على القوة لان ذلك قد يكون
لاتساع في احدهما وضيق في اخر ولو كان الخروج منهما
على السواء فهو مشكل بالاتفاق **فان بلغ** الخنثى فان
ظهر له علامة الرجال بان خرجت لحيته او وصل الى النساء
بكن او احتلم كما يحتلم الرجال فهو رجل وان ظهر له علامة
النساء او امكن بان خرج له ثدي كثدي المراة او نزل
له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من
الفرج فهو امراة وان لم **يظهر له علامة احدهما** او تعارضت
العلامات **فان قام** فيؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في فمشكل
امر الدين وهو ان لا يحكم فيه بحكم وقع الشك في ثبوته
فان قام في صفهن اي صف النساء **اعاد صلاته** استحبا با

ان كان مراهقا وحتما ان كان بالغا لاحتمال انه رجل
فتفسد صلاته وقام في صفهم اي في صف الرجال
بعيد من بجنبيه ومن خلفه بحذائه لاحتمال انه امراة وصلى
بقناع لاحتمال انه امراة فان كان بالغا حرا وجب
عليه ذلك والا استحب له ولا يلبس حريرا ولا حليا
ولا تنكشف عند رجل ولا عند امراة ولا يخلو به غير
محرم رجلا او امراة ولا يسافر بلا محرم من الرجال كل ذلك
احترازا عن ارتكاب المحرم وكره للرجل والمراة ختنه
اما الرجل فلاحتمال ان الخنثى انثى واما المراة فلاحتمال
انه ذكر ويشتري من ماله امة تختنه ان امكن مالا
لانه يباح لمملوكته النظر اليه والا اي وان لم يملك مالا
فمن بيت المال يشتري له الامام امة تختنه لان بيت
المال اعد لنوائب المسلمين فاذا اشتراها له تدخل
في ملكه بقدر حاجة الختان ثم تباع اذا ختنته
ويرد ثمنها الى بيت المال لحصول الاستغناء عنها
فان مات الخنثى قبل ظهور حاله لم يغسل لان الغاسل
اما رجل او امراة والخنثى اما رجل او امراة وحل
الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيترك لاحتمال
الحرمة وييمم لتعذر الغسل ولا يحضر الخنثى حال
كونه مراهقا غسل ميت لاحتمال انه ذكر او انثى
وندب تسجية قبره اي تغطيته لانه اذا كان انثى اقيم
واجب وان كان ذكرا لا تضر التسجية ويوضع الرجل
بقرب الامام ثم يوضع هو اي الخنثى خلف الرجل
ثم توضع المراة خلف الخنثى اذا صلى عليهم جميعا فان
تركه ابوه اي الخنثى وابنا فله عند ابي حنيفة سهم

فللابن سهمان لانه له عنده اقل النصيبين اي ينظر
الى نصيبه ان كان ذكرا والى نصيبه ان كان انثى فاي منهما
يكون اقل فله ذلك وفي هذه الصورة ميراثه على تقدير
الانوثة اقل فله ذلك وعند الشعبي وهو قولهما كما في
الهداية له نصف النصيبين اي يجمع بين نصيب الخنثى
ان كان ذكرا ونصيبه ان كان انثى وله نصف ذلك المجموع
وهو اي نصف النصيبين ثلاثة من سبعة عند ابي
يوسف لانه اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده
فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان
وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثى كان له
نصف المال فياخذ نصف الكل ونصف النصف
وذلك ثلاثة ارباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع
سهما فيبلغ سبعة بطريق العول للابن اربعة وللخنثى
ثلاثة فان شئت تقول له النصف ان كان انثى
والكل ان كان ذكرا فالنصف متيقن ووقع الشك
في النصف الاخر فينصف صار ربعا فالنصف والربع
ثلاثة ارباع وخمسة اي ونصف النصيبين خمسة
من اثني عشر عند محمد لان الخنثى يستحق النصف
مع الابن ان كانا ذكرا والثلث ان كان انثى والنصف
والثلث خمسة من ستة فله نصف ذلك وهو اثنان
ونصف من ستة ووقع الكسر بالنصف فضرب الستة
في اثنين صار خمسة من اثني عشر هو نصيب الخنثى
والباقي وهو السبعة نصيب الابن وان شئت تقول
له الثلث ان كان انثى والنصف اذا كان ذكرا ومخرجهما
ستة فالثلث اثنان والنصف ثلاثة فالاثنان متيقن

وَوقع الشك في الواحد الاخر فنصف صار اثنين ونصفا
وَقع الكسر بالنصف صار خمسة من اثني عشر **مسائل
شتي كتاب الاخرس وايماوه** اي اشارته
**يعرف به نكاحه وطلاقه وبيعه وشراوه ووصيته
وقوده كاللسان** اي كما يعرف ذلك باللسان لان الكتابة
ممن ناي بمنزلة الخطاب ممن دنا الا تري ان النبي
صلي الله عليه وسلم كما ادي ما وجب تبليغه بالعبارة
ادي ايضا بالاشارة كقوله الشهر هكذا وهكذا وهكذا
وادي بالكتابة ككتابه لهرقل وغيره ثم الكتابة
منقسمة الي ثلاثة اقسام منها مستبين مرسوم وهو
ان يكتب من فلان الي فلان ان الامر كذا او كذا من الطلاق
والعتاق ونحوهما فهذا كالنطق ومنها مستبين
غير مرسوم كالكتابة علي الجدار واوراق الاشجار وعلي
وعلي الكاغد لاعلي وجه رسم الديار فهذا ينبغي له
الاعتبار الا بانضمام شي اخر اليه كالنية والاشهاد
عليه والاملا علي الغير حتي يكتبه لديه لان الكتابة
قد تكون للتجربة وبهذه الاشيا يتبين انها ليست
كذلك ومنها غير مستبين كالكتابة علي الهواء والماء
وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به شي من الاحكام
ولو انضم اليه نية وانما عملت الاشارة حجة للاخرس
للحاجة الي ذلك في هذه الاحكام لانها من حقوق
العباد وهي تثبت مع الشبهة **ولا يحد** الاخرس اذا اتي
بما يوجب الحد **ولا قاذفه** بطريق الاشارة او الكتابة
اما ان كان مقذوفا فلان الحدود تندري بالشبهات
ولعله مصدق لقاذفه فلا يحد هو لانعدام القذف

صريحا

صريحا بالزنا وهو شرط فيه والفرق بين الحد والقود هو
حيث يثبت القود بالكتابة والاشارة بخلاف الحد
ان القود حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ
دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كما لنا علي
خلاف الحد فانه لا يثبت ببيان فيه شبهة **وقالوا
في معتقل اللسان** وهو الذي اعترض له احتباس
اللسان حتي لا يقدر علي الكلام والبيان **ان امتد
ذلك** الاعتقال بان بقي سنة وقيل الي زمان الموت
قيل وعليه الفتوي **وعلم اشارته** اي المعتقل **فكذا**
اي كحكمه حكم الاخرس بخلاف الذي صمت يوما او يومين
لعارض وفي غنم مذبوحة فيها ميتة ولا علامة تميز
به الميتة من المذبوحة ان كانت الميتة اكثر او كانتا
مستويين لم يوكل الغنم في حالة الاختيار **وان كانت
هي** اي الميتة **اقل تحري واكل ذلك الغنم في حالة
الاختيار** قيد به لان الميتة المتيقنة يحل اكلها في
حالة الاضطرار فالمشكوك فيها اولي وعند مالك
والشافعي واحمد لا يوكل بالتحري في حالة الاختيار
وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري
فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة في حالة
الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة
في افادة الاباحة الا تري ان اسواق المسلمين لا
تخلوا عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك
يباح التناول اعتمادا علي الظاهر وهذا لان القليل
منه لا يمكن التحرز عنه فيسقط اعتباره دفعا
للحرج وقد قال تعالي ليس عليكم في الدين من حرج

الآية وما جعل
عليكم في الدين

وقال عليه السلام بعثت بالحنفية السمحة ومن
خالف سنتي فليس مني رواه الخطيب عن جابر الحمد
لله الذي بنعمته يتم الصالحات وافضل الصلوات
واكمل التحيات على سيد الموجودات وسند
المشهودات وعلى آله واصحابه وازواجه الطاهرات
وعلى العلماء الفاضلين والصلحاء الكاملين وساير
المؤمنين والمؤمنات الاحياء منهم والاموات
وقد وقع تحرير هذا الكتاب بعون الملك
الوهاب على يد مولفه رحم مع سلفه
وهو افقر عباد الله الغني الباري
علي بن السلطان محمد الهروي
عاملهما الله ربهما الخفي
بلطفه الخفي وكرمه
الوفي وذلك
بمكة قبالة
الكعبة
المعظمة
عام
ثلاث
بعد
الالف
من
الهجرة
النبوية

وكان الفراغ من كتابة
هذه النسخة المباركة
يوم الاحد المبارك
عشرين من رمضان
سنه ١١٣٩

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم